الدكتور علي محمد جعفر
أستاذ في كلية الحقوق
الجامعة اللبنانية

تاريخ القوانين

مدخل إلى دراسة:

- القوانين القديمة
- التشريع الروماني
- الشريعة الإسلامية

Bibliotheca Alexandrina
01127883

تاريخ القوانين

مدخل إلى دراسة القوانين القديمة ـ
التشريع الروماني ـ الشريعة الإسلامية

الدكتور علي محمد جعفر
استاذ في كلية الحقوق
الجامعة اللبنانية

تاريخ القوانين

مدخل إلى دراسة: القوانين القديمة ـ
التشريع الروماني ـ الشريعة الإسلامية

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

1418هـ ـ 1998م

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

بيروت ـ الحمراء ـ شارع اميل اده ـ بناية سلام ـ ص.ب: 113/6311 لبنان
هاتف: 791123/4 / (01)802428 - (03)220924 - فاكس: (01)603654
المصيطبة ـ شارع بارودي ـ بناية طاهر ـ هاتف: 311310 - (01)301030

مقدمة عامة

الاهتمام المعاصر لدراسة تطور القوانين

يرى العلماء والمؤرخون أن أكثر الشرائع القديمة تتشابه في نظمها والأدوار التي مرت بها والعوامل التي أدت إلى تطورها، والإطلاع على مختلف الآثار والأدلة. فإنه من الواضح بأنه لا يمكن وضع أسس محددة وثابتة حول حالة العهد الأول الذي تكونت فيه فكرة القانون في المجتمع، رغم أن الأمر من الناحية النظرية كان محل جدل وبحث فلسفي في سبيل تصوير القواعد الملزمة للأفراد، ومن بينها فلسفة القانون الطبيعي ومذهب العقد الاجتماعي. فإذا كانت في أشعار هوميروس، مثلاً، والأساطير الخرافية عن قوى الآلهة، والمبالغات في وصف الوقائع الحربية وبسالة الملوك والبطولات، فإن الأمر لا ينجم عن مبالغة لناحية انتشار الأفكار الاجتماعية والمعتقدات الدينية والأعراف التي تحكم العلاقات بين الأفراد في كل عصر.

وقد نشطت منذ القرن الماضي الأبحاث التاريخية في مختلف العلوم الانسانية، وقد برز دور تاريخ القانون في هذا المجال وظهرت الأبحاث العديدة الرامية إلى دراسة النظم القانونية في مراحلها التاريخية المتعاقبة والمصادر المختلفة التي ساهمت في تكوين تلك النظم. ولا شك أن البحث تناول حالة «الإنسان الأول» وكيفية نمو وتطور المجتمع الانساني من الناحية الاجتماعية والاقتصادية والدينية والسياسية، وانعكاس هذا التطور على النظم القانونية سواء من ناحية تعديلها أو إلغائها أو الإبقاء عليها.

ولقد إتفق الرأي على أن النظم القانونية الحالية ما هي إلا تهذيب لنظم سابقة، كما أن الكثير من النظم والقواعد القانونية الوضعية نشأت في عمق التاريخ القديم وما زالت تحكم بعض العلاقات الانسانية، ومن هنا فإنه لا يمكن فهم النظم المعاصرة إلا بالرجوع إلى أصولها التاريخية وتطورها عبر العصور المتعاقبة، وعلى ضوء ذلك يمكن القول أن القانون الوضعي كان مسبوقاً بآخر، كما أن القانون الوضعي سيصبح بدوره قانوناً تاريخياً بالنسبة لقوانين المستقبل[1].

هذه الدراسة تعمل أيضاً على تنمية الملكة القانونية لدى الباحث وتيسّر له سبل الكشف عن الكثير من المعضلات والمشكلات القانونية بحيث تتكون لديه فلسفة خاصة في الموضوعات المتعلقة بهذا الفرع من فروع العلوم الانسانية.

فالدراسة التاريخية للنظم القانونية لا تقتصر على البحث فيها من خلال العصور المختلفة، بل تتعداها إلى اكتشاف حقيقة تطور القواعد القانونية وأسباب هذا التطور. فالقواعد القانونية في أي عصر من العصور، ولدى أي شعب من الشعوب ليست مجرّد حادث صدفة، أو نزعة عرضية من نزهات المشرّع، وإنما هي وليدة الظروف التاريخية وثمرة التطور الاجتماعي، ونتيجة عوامل سياسية واقتصادية ودينية وفكرية متّصلة الحلقات ومتدرجة مع سنّة التقدّم والتطور المستمر[2].

والتحليل العلمي السليم يقتضي النظر إلى التاريخ ليس باعتباره مجرد أسماء وحوادث وقعت في الماضي، بل هو يتناول بالتحليل الحياة البشرية والاختيارات الإنسانية في شتى الميادين التي قد تكون متّفقة أو مختلفة مع اختياراتنا، فالإنسان يبقى في المقام الأول وفق المدلول التاريخي سواء من حيث حيث علاقاته الاجتماعية، أو من حيث تأثير هذه العلاقات في تكوين معتقداته وطريقة تفكيره وتصرفاته[3].

---

(1) الدكتور محمود السقا: فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية دار الفكر العربي - القاهرة 1975، ص 4.

(2) Fustel de Coulanges: La cité Antique, Paris 1910, p. 7

(3) الأستاذ محي الدين صابر: التغير الحضاري وتنمية المجتمع - القاهرة 1966، ص 13.

نطاق الدراسة

القانون مجموعة من القواعد العامة المجردة التي تنظم العلاقات الاجتماعية بحيث يترتب على مخالفتها توقيع الجزاء. ولقد كانت القواعد الأخلاقية والدينية مختلطة بالقواعد القانونية في المجتمعات البدائية ولم تنفصل عنها إلا في عصور متأخرة وبعد تطور طويل[1]. وهذا يعني أن النظم القانونية التي تسود في مجتمعنا الحديث ليست ذاتها التي كانت سائدة في عصور سابقة، ولن تكون هي عينها في المستقبل.

لذلك تقوم الدراسة القانونية حول دراسة القانون في حاضره وماضيه ومستقبله[2].

أما من حيث دراسة النظم القانونية الحاضرة فيطلق عليها إسم القانون الوضعي، وهو القانون المطبّق بالفعل على شعب معيّن، ويتناول دراسة أحكام هذا القانون ومجال تطبيقه والآثار المترتبة عليه.

أما دراسة القانون في الماضي فيطلق عليها دراسة تاريخ القانون، وقد لفت نظر الباحثين لأهمية الدراسة التاريخية للقاعدة القانونية، بغية معرفة الحالة الأولى للمجتمعات الفطرية، ومقدار ما أصاب النظم القانونية من تطور وتعديلات في ظل مختلف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية حتى وصلت إلينا بحالتها الحاضرة.

أما بالنسبة للدراسة التي تهتم بالقانون بالنسبة للمستقبل فيطلق عليها علم التشريع (La Science de la législation)، وهذا العلم يبيّن لنا السبيل الذي يجب أن يسلكه المشرّع لتعديل القواعد القانونية السائدة، حتى يأتي هذا التعديل متمشياً مع حاجات المجتمع وظروفه المتطوّرة.

مضمون الدراسة

تشمل الدراسة التاريخية لنشوء القوانين الحالات والظروف التي تكوّنت

(1) لقد كان الأفراد قديماً يلتزمون القواعد الدينية والأخلاقية والقانونية خشية غضب الآلهة وخشية الجزاء الذي توقعه عليهم الجماعة.
أنظر بالتفصيل Decugis: Les étapes du droit, Paris, 1942

(2) Gaston May: Introduction à la science du droit Paris (1932) p. 57.

في ظلها النظم القانونية، كما تشمل أيضاً التطورات والتعديلات المختلفة التي أصابت تلك النظم خلال العصور المتعاقبة حتى وصلت إلى مرحلتها الحاضرة.

ولقد أظهرت الأبحاث التاريخية الحديثة مدى التماثل الاجتماعي بين الشعوب المختلفة خلال أدوار حياتها، وفي عهد تكوينها ومراحل تطورها، وفيما اتخذته من الوسائل لمعالجة مشاكلها وضبط العلاقات الاجتماعية لديها، كما أظهرت مدى التقارب والتشابه في تطور شرائعها وتقاليدها القانونية[1].

ويظهر هذا التقارب واضحاً في تاريخ الشرائع القديمة عند الرومان واليونان والعرب والجرمان والهنود، سواء في العهد الذي نشأت فيه التقاليد القانونية، أو في العهود اللاحقة التي تطورت خلالها هذه التقاليد والقواعد.

ومن الملاحظ أن بعض الشرائع اتخذت الصبغة السياسية في نشأتها وتطورها، كالقانون الروماني والقانوني اليوناني، وبعض الشرائع الأخرى اتخذت الصبغة الدينية في نشأتها، كالشريعة الاسلامية والشريعة الهندية.

وتتناول الدراسة البحث في تاريخ مصادر القانون والبحث في تاريخ النظم القانونية.

أما البحث في تاريخ مصادر القانون فإنه يرمي إلى معرفة مصادر القواعد القانونية في شتى العصور، سواء أكان البحث في التشريع أو العرف أو الفقه أو القضاء أو التقاليد الدينية أو غيرها من المصادر، ومن ثم التعرّف إلى أهمية كل مصدر في تكوين القواعد القانونية خلال المراحل التاريخية المتعاقبة.

أما البحث في تاريخ النظم القانونية فيرمي إلى دراسة ذاتية للمبادئ والقواعد القانونية، بعيداً عن المظاهر أو الصور التي تشكّلت بها، أي أن الدراسة تتناول درسة أحكام النظم القانونية منذ نشأتها والتعديلات والتغيرات التي طرأت عليها، بغضّ النظر عن مصادرها المختلفة.

مراحل نشأة القوانين

نشأت القوانين في الأساس في صورة تقاليد عرفية إستمدت قوتها من إرادة الشعوب، وفي مرحلة متأخرة دونت هذه التقاليد والأعراف في

---

(1) الدكتور زهدي يكن: محاضرات في تاريخ القانون/ بيروت 1964، ص 2.

مجموعات قانونية حفظتها من الضياع، وأدّت إلى نشرها بين الناس، بعد أن كانت محتكرة من قبل طبقة معيّنة في المجتمع كانت تعمل على تطبيقها وتفسيرها وفق مصالحها وامتيازاتها الخاصة.

ففي الشرق نشأ قانون حمورابي في صورة أحكام يوحي بها الإله إلى الملك وينقلها الملك إلى الشعب. وفي الهند قام القانون على أساس أن الإله براهما يوحي بالقانون إلى أنبيائه وحكمائه، وعند اليهود كان للكهنة سلطة كبيرة في مجال التشريع والقضاء، وهذه السلطة كانوا يستمدونها بصفتهم الوسطاء بين الناس والآلهة، فهم لا يعبرون عن آرائهم الفردية، بل ينقلون إرادة العناية الإلهية إلى الأطراف المتنازعة[1]. وتعتبر القوانين الفرعونية في مصر من أقدم القوانين التي عرفتها المجتمعات البشرية، وكان الملك الفرعوني يمثل الصفة الإلهية، ولذلك فإن أوامره كانت بمثابة القوانين الملزمة لأفراد المجتمع.

أما في الغرب فقد نشأ القانون عند قدماء اليونان، كما هو الحال بالنسبة للتشريعات القديمة بصفة عامة عن طريق الوحي الإلهي إلى الملك أو القاضي، وعند القبائل الجرمانية اختص الكهنة بتوقيع العقوبات الجنائية ومعرفة أيام التقاضي وحفظ النظام في المحاكمة، وقبل الفتح الروماني لبلاد الغال (فرنسا والجزر البريطانية)، فقد كان التشريع والقضاء لدى تلك الشعوب من اختصاص هيئة دينية، وكانت الأحكام الصادرة عن تلك الهيئة بمثابة الأحكام الإلهية الواجبة الإتباع. ولم يبدأ الإنفصال بين الدين والقانون في تلك المقاطعات إلا بعد انتشار الديانة المسيحية في القرن السادس بعد الميلاد، حيث إستقرت تلك القواعد في صورة تقاليد عرفية.

في الشريعة الإسلامية:

ظهرت قوانين الشريعة الإسلامية على أساس الوحي الإلهي، الذي نزل على الرسول الكريم بلسان عربي مبين، وقد وردت أحكامها في القرآن والسنة، واشتمل القرآن على الأحكام التعبدية والأحكام العملية، وقد وردت

---

(1) يسمي اليهود الإله باسم يهوه [illegible]، وهو ملكهم وسيدهم المختار وتشريعهم منزل بوحيه عن طريق الأنبياء والكهنة.

بعضها بصورة مفصلة، بينما أتى البعض الآخر بصورة قواعد كلية ومبادىء عامة.

أما السنة فقد جاءت في حالات كثيرة شارحة ومؤكدة لما ورد في الكتاب، فكان الرسول يجتهد برأيه في بعض الأحيان فإن كان حكمه صحيحاً أقرّه الله عليه وإلا نزل عليه الوحي بالحكم الصحيح.

وقد ظهرت مصادر عقلية واجتهادية بعد وفاة الرسول تستوحي أحكامها من المبادىء العامة التي وردت في القرآن والسنة ومن بين هذه المصادر الإجماع والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان وتشريع ولي الأمر.

وأهم ما يميّز أحكام الشريعة الإسلامية عما سبقها من الشرائع كونها ملزمة ليس فقط بالنسبة للحالة التي وردت بشأنها، بل بالنسبة لكل الحالات المماثلة في كل زمان ومكان، إلى جانب ذلك فإن الأحكام الدينية الفردية اندمجت في القواعد العامة المجرّدة، والجزاءات المترقبة على مخالفته تلك الأحكام هي جزاءات دينية ودنيوية أيضاً.

لقد اختلطت القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية بالقواعد الدينية والأخلاقية خاصة في عصر الرسول وعصر الخلفاء الراشدين، ومنذ العصر العباسي بدأت القواعد القانونية تنفصل عن القواعد الدينية والأخلاقية فنشأ علم الكلام وعلم أصول الفقه والمدارس الفقهية المختلفة.

الشريعة الإسلامية والقانون الروماني

تظهر الأبحاث التاريخية أن هنالك بعض التشابه في مراحل نشوء وتطور الأنظمة القانونية، ولا يعني هذا التشابه أن الأنظمة القانونية مقتبسة عن بعضها البعض، فقد تتشابه النظم بسبب ظروف عارضة، أو بسبب ظروف اجتماعية واقتصادية متقاربة.

ويطرح بعض الباحثين التساؤل عن مدى العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، خاصة وأن الرومان والعرب تواجدوا في عدد من البلدان بعد ظهور الإسلام، ومن ثم إمكانية تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني.

والآراء متباينة حول الموضوع، فمنهم من يرى تأثر الشرية الاسلامية

بالقانون الروماني، ومنهم من ينفي ذلك، ومنهم من التزم بموقف وسط ورأى تأثير القانون الروماني ببعض أحكام الشريعة الاسلامية.

ومعظم القائلين بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني، هم من المستشرقين والباحثين الغربيين الذين رأوا أنّ الشرع الإسلامي ليس إلاّ القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية، معدّلاً وفق الأحوال السياسية في الممتلكات العربية، وإن التشريع الإسلامي في الأساس هو القانون الروماني مع بعض التعديل الطفيف. وقد استندوا في رأيهم على حجج مختلفة، منها تلاقي الشريعة الإسلامية والقانون الروماني في الشرق، وتأثر الفقه الإسلامي سواء من ناحية نشأته أو تطوّره بالفقه الروماني السابق عليه، إلى جانب إضطرار الإسلام إلى الاعتماد على الوسائل القانونية الرومانية لمواجهة حاجات البلدان المفتوحة، واستمرار نشاط المدارس الرومانية في الشرق إلى ما بعد الفتح الإسلامي، إضافة إلى التشابه بين بعض الأحكام الواردة في التشريع الإسلامي، وبعض الأحكام الواردة في التشريع الروماني، فلا بدّ أن يتأثر القانون اللاحق بالقانون السابق.

والواقع أن الحجج السابقة لم تكن منطقية، وأصحابها لم يتعمقوا في دراسة تاريخ الفقه الإسلامي، ولم يكونوا على معرفة واسعة باللغة العربية، إلى جانب أنّ البعض منهم إنساق وراء أهوائه وآرائه الشخصية.

تمايز أحكام التشريع الروماني والشريعة الإسلامية

رغم التشابه بين الشريعتين من ناحية وجود نصوص قانونية محددة ومكتوبة، وإقرار هذه النصوص لبعض التقاليد والأعراف السائدة وإلغائها للبعض الآخر، فإن التمايز بينهما يبدو واضحاً من حيث المصدر، إذ أن القانون الروماني كان قانوناً وضعياً وكان احترام الناس له تقليدياً، بينما مصدر الشريعة الإسلامية سماوي واحترام الناس لأحكامها كان احتراماً دينياً.

ورغم التشابه من ناحية الأثر الذي أحدثه رجال الفقه وأهل الرأي في الشريعة الإسلامية ورجال القانون في التشريع الروماني، سواء من حيث تفسير النصوص، وترتيبها، واستنباط الأحكام الجديدة، فإن الأحكام التي توصل لها الفقهاء الرومان، تختلف عن الأحكام التي توصل لها علماء الشريعة لاختلاف

مصدر كل منها.

والقانون الروماني لم يتخذ الصفة العالمية منذ نشأته إلاّ بعد قيام الامبراطورية الرومانية، أما الشريعة الإسلامية فقد شرّعت في الأصل لكافة الشعوب دون تميز لتكون شريعة عالمية.

واختلاف المصدر أدى إلى وجود فوارق تاريخية هامة بين الشريعتين، فالشريعة الإسلامية أحدثت تغيراً شاملاً في حياة العرب الاجتماعية، وأنظمتهم المختلفة، بينما لم يحدث قانون الألواح الاثني عشر هذا التغيير في عقائد الناس وأفكارهم وتنظيمهم الاجتماعي، بل كان استمراراً للحياة السابقة في روما. إلى جانب عدم وجود نصوص تشريعية بجانب نصوص القرآن، أدى إلى أن يكون مجهود الفقهاء كبيراً، بينما كان للمشرّع الروماني الأثر الأكبر في تطوير أحكام القانون الروماني وخاصة في العهد الامبراطوري.

كذلك فإن الشريعة الإسلامية لم تدوّن في مجموعة رسمية بعد القرآن الكريم، باستثناء بعض مجموعات غير رسمية من السنة، بينما بدأ التشريع الروماني بمجموعة رسمية وانتهى بمجموعات رسمية عديدة.

إلى جانب ما تقدّم فإن هنالك نظماً كثيرة لا وجود لأي تشابه بينها في التشريع الإسلامي وفي التشريع الروماني، كنظام السلطة الأبوية، ونظام السيادة الزوجية، والوصاية على المرأة، ونظام التبني، ونظام الوقف والشفعة، ونظام الميراث. كما أن قواعد النظم الدستورية والإدارية في الحكم الإسلامي تختلف عن هذه القواعد في القانون الروماني[1].

تقسيم الدراسة

سنخصص لهذه الدراسة مدخل عام يتناول نشأة أهم القوانين القديمة بصفة عامة، ثم نخصص القسم الأول منها لدراسة القانون الروماني، والقسم الثاني لدراسة الشريعة الإسلامية باعتبارهما مصدرين أساسيين لكثير من النظم القانونية الحديثة، ونخصص القسم الثالث لدراسة بعض النظم القانونية والاجتماعية في التشريعين.

---

(1) الدكتور زهدي يكن: القانون الروماني والشريعة الإسلامية، بيروت 1975، ص 168 ـ 169.

مدخل الى الدراسة

نشأة القوانين في المجتمعات القديمة

تشابه الأنظمة القانونية في نشأتها وتطورها

يرى علماء التاريخ أن أكثر الشرائع القديمة تتشابه فيما بينها، سواء من ناحية مبادئها ونظمها، أو من ناحية الأدوار التي مرّت بها والعوامل التي أدّت إلى تطورها.

ومن الواضح أنه لا يمكن وضع أسس ثابتة وواضحة حول الحقبة التي نشأ فيها القانون عند الشعوب القديمة، ولقد ذهبت الآراء مذاهب شتى في تصوير كيفية نشأة القواعد القانونية الملزمة للأفراد في المجتمع، ومن بين هذه الفلسفات نظرية القانون الطبيعي ومذهب العقد الإجتماعي[1].

ويمكن القول بوجه عام أن القوانين ظهرت في مراحلها الأولى، في صورة تقاليد بدائية، فرضتها ضرورات وظروف الحياة في تلك المرحلة، وكان

---

(1) أبرز من نادى بمذهب العقد الاجتماعي هوبز ولوك وجان جاك روسو، فيرى هوبز أن الأفراد خضعوا بموجب العقد الاجتماعي فيما بينهم لإرادة الحاكم الذي لم يشترك في هذا العقد، وبذلك اعتبر من مؤيدي نظام الحكم المطلق، بينما يرى لوك أن الأفراد خضعوا للعقد الاجتماعي لتنظيم حياتهم الطبيعية واشتركوا مع الحاكم في هذا العقد، وبذلك اعتبر من مؤيدي النظام المقيد وبرّر ثورة الشعب على الملك حين حرمه هذا الأخير بعض حرياته. أما جان جاك روسو فيرى أن الأفراد خضعوا للعقد الاجتماعي عن طريق تنازل هؤلاء عن إراداتهم الخاصة وخضوعهم للإرادة العامة التي تمثل المجتمع ككل، ويعتبر الحاكم بمثابة الوكيل الذي يدبر شؤون الأفراد ويحق لهم عزله إذا أخلّ بواجبات الوكالة.

أنظر: جان جاك شوفاليه: أمهات الكتب السياسية: ترجمة جورج صدقني، دمشق 1980.

مبدأ القوّة هو الذي ينشئ الحق ويحميه، وكانت سلطة رب الأسرة تتناول أرواح أفراد الأسرة وأموالها، وكان ربّ الأسرة يمثل رئيس الديانة العائلية التي كانت تقوم في أكثر الأحيان على عبادة الأسلاف وتقديسهم.

ولقد اتّصفت نشأة القوانين في مرحلة لاحقة بالصفة الدينية، فكانت عبارة عن أوامر إلهية يبلغها الحاكم أو الكهنة إلى الناس، ثم ظهرت في صورة أعراف وتقاليد تختلف باختلاف الزمان والمكان، وفي مرحلة أخيرة ظهرت بشكل نصوص مدوّنة، عندما اكتشف الانسان الكتابة.

ووفق هذا التطور فإننا سنبحث أولاً في مراحل نشأة وتطوّر القوانين، ثم نعرض ثانياً لأهم المدوّنات في العصور القديمة، وثالثاً لمراحل التطور القانوني في لبنان، ورابعاً لتفاعل القوانين وتأثيرتها على مختلف النظم الإجتماعية.

أولاً - نشأة وتطور القوانين

تتناول نشأة وتطوّر القوانين أربع مراحل أساسية، بحيث بدت القواعد القانونية في مراحلها الأولى عبارة عن قواعد دينية، ما لبثت أن امتزجت بالقواعد المدنية، ثم استقلت هذه الأخيرة عنها بحكم تطور المجتمع البشري، ودوّنت في مجموعات خاصة في مراحل لاحقة عقب اكتشاف الكتابة ونشوء الدولة بمفهومها الحديث، ولقد أرست تلك القواعد المبادئ القانونية العامة للمجتمعات الانسانية عبر تاريخها الطويل. ويمكن أن نميّز بين المراحل التاريخية للقانون على النحو الآتي:

1 - مرحلة القوة أو الانتقام الفردي

سيادة مبدأ القوة عند الشعوب القديمة

لا شك أن الإنسان الأول عاش في جماعات صغيرة منفصلة عن بعضها البعض، وهذا الانفصال أدّى إلى وجود نوع من التضامن بين أفراد كل جماعة في مواجهة الجماعة الأخرى من أجل الدفاع عن نفسها والدفاع عن مورد رزقها أيضاً، بسبب الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة في تلك المرحلة، فكانت القوة هي التي تنشئ الحق وهي التي تحميه أيضاً.

أما العلاقات داخل الجماعة فقد كانت تقوم على أساس التبعية

والخضوع إلى رئيس القبيلة أو العشيرة، الذي كانت له سلطة مطلقة على أموالها وعلى أرواح أفرادها، كما كانت سلطته تتناول كل ما يتعلق بعلاقات القبيلة مع غيرها من القبائل، وكل ما يتعلق بشؤون الفرد داخل قبيلته، بما في ذلك الإشراف على الطقوس الدينية التي كانت تقوم في معظم الأحيان على عبادة الأسلاف وتقديسهم.

وكان العقاب يقوم بصفة أساسية على الانتقام الفردي واستخدام القوة، فقد كان الفرد المعتدى عليه هو الذي يقرر توقيع العقاب على المعتدي بنفسه أو بواسطة أهله أو أصدقائه، وفي مرحلة لاحقة حلّ التوافق محل الانتقام الفردي، وكان يعتمد على إرادة الأطراف المتنازعة، ومن أهم صوره خلع الجاني[1] أي طرده من الجماعة، بحيث يصبح دمه مهدوراً، ويحرم على أي شخص في الجماعة إيواؤه أو حمايته، وتسليم الجاني إلى أهل المجنى عليه، فيصبح مصيره بين أيديهم، والقصاص[2] الذي يقتصر على إنزال العقوبة من قبل أهل المعتدى عليه بالمعتدي، وتماثل ما ارتكبه من أفعال على أساس أن العين بالعين والسن بالسن، والديّة[3] هي عبارة عن تعويض مالي للمتضرر بحيث ينزل هذا التعويض منزلة الجزاء أو العقوبة. وقد كانت الديّة اختيارية في بادئ الأمر ويرجع أمر تقديرها إلى أطراف النزاع، وقد أصبحت إجبارية بعد نشأة الدولة، وأصبح أمر تقديرها يرجع للسلطة العامة.

تقاليد الجماعات البدائية بمثابة القوانين

من الملاحظ أنه في العهود الأولى للمجتمعات البشرية، ساد مبدأ القوة

---

(1) عرفت هذا النظام القبائل العربية قبل الاسلام، كما عرفته الشعوب اليونانية والقبائل المكسونية.

(2) القصاص من المبادئ التي أخذت بها الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾ (سورة البقرة 179) (كذلك أنظر سورة البقرة 177 و194). كذلك ورد القصاص في قوانين بابل وآشور بالنسبة للقتل أو الجرح والضرب، كذلك أخذت الشريعة اليهودية بمبدأ القصاص في القتل أو الجرح، كذلك ساد هذا المبدأ في القانون الروماني والقانون الجرماني، وبقي يطبق زمناً طويلاً في القوانين الافريقية.

(3) أخذت الشريعة الاسلامية بالدية بنص الآية الكريمة: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله...﴾. كذلك أخذت قوانين بابل وآشور بهذا المبدأ عن طريق دفع تعويض نقدي محدد للمجني عليه، يختلف باختلاف مركزه الاجتماعي ونجد تطبيقات لهذا المبدأ لدى الرومان في جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم السرقة.

كأساس للعلاقات بين الناس، وعندما انتظم الناس في جماعات صغيرة ظهرت مجموعة من العادات والتقاليد بين أفراد الجماعة حيث اكتسبت مع مرور الزمن الالزام والاحترام بين أفراد المجتمع، وعلى أساس هذه التقاليد وجدت الأنظمة المتعلقة بالأسرة والملكية وسلطات رئيس القبيلة أو العشيرة[1].

ورغم أن هذه التقاليد لم تعرف الجزاءات المرتبة عليها في حال مخالفتها، فقد عرفت تلك المجتمعات بعض الجزاءات الفردية، حيث كان يسمح للشخص أو عائلته توقيع الجزاء الذي يراه دون تحديد، وفي مرحلة متطورة لاحقة وإستقرار السلطة لدى رئيس الجماعة أمكن إيجاد نوع من التنظيم للجزاءات المفروضة وفق متطلبات وظروف الجماعة الإقتصادية والإجتماعية.

وقد انتهى التطور السابق بلجوء الأفراد إلى رؤساء الجماعة أو رجال الدين، الذين كانوا يمثلون السلطة أيضاً لحلّ المنازعات أمامهم، دون أن تكون هنالك قواعد سابقة ومحددة يلجأون إليها، وقد عرف هذا الأمر بالتحكيم وعرفته مجتمعات بابل وآشور والقبائل الجرمانية.

ورغم أن الاحتكام إلى رجال الدين ظهر في أواخر هذه المرحلة، فإن حكمهم لم يكن ملزماً بالنسبة للأطراف المتنازعة، ومع الزمن اكتسبت أحكامهم القوة الملزمة، لِمَا كان يتمتع به رجال الدين من نفوذ ديني وسياسي في المجتمع. وبذلك بدأ أفراد المجتمع يتخلّون عن اللجوء إلى القوة كوسيلة لحل منازعاتهم، في مرحلة بدأ فيها الناس يعتمدون على الزراعة وتربية الماشية في حياتهم الاقتصادية.

وفي هذه المرحلة أيضاً إستقرت عبادة الاسلاف، وظهر رئيس الجماعة بمظهر الوسيط بين أفراد جماعته والآلهة، باعتبار أن رئيس الجماعة يمثل أيضاً رئيس الديانة بالنسبة لجماعته، وبذلك حلّت الديانة محل القوة في تنظيم العلاقات بين أفراد الجماعة الواحدة أو بين أفراد الجماعات المختلفة[2].

---

(1) أما الشخص الأجنبي عن الجماعة فقد كان يحلّ قتله، وكانت بعض الجماعات القديمة تعتقد أن القتلى من الجماعات الأخرى يصبحون في الحياة الآخرة خدماً وعبيداً للقاتل، كما كان يعتقد البعض الآخر أن روح القتيل تتحوّل إلى روح حارسة للقاتل، تبعد عنه المرض وتخفف عنه الألم.
أنظر: Westermarck: L'origine et le développement des idées morales, Paris 1928, T I p. 381

(2) الدكتور صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة 1963، ص 81.

2 ـ مرحلة الوحي الإلهي

الأحكام مصدرها الآلهة

كانت عبادة الأسلاف من العبادات الشائعة في هذه المرحلة، كذلك فقد إستقرت في هذه المرحلة عبادة القوى الطبيعية، حيث كان يعيش الانسان تحت رحمة الطبيعة ويخشى غضبها، وكان لكل جماعة آلهة خاصة، وكان رئيس الجماعة يتولى القيام بالشعائر الدينية، فقد اكتسب نتيجة لصفته هذه سلطاناً كبيراً على أفراد جماعته، وبسبب تعدّد الشعائر الدينية وصعوبة فهمها من الانسان العادي، فقد قامت فئة خاصة من الناس بهذه الطقوس عرفوا برجال الدين.

وعندما إندمجت الجماعات في نظام الدولة، ورث رئيس الدولة الاختصاصات الدينية التي كان يتمتع بها رؤساء الجماعات، وهنالك من الشعوب من ألّهت ملوكها حال حياتهم، كما كان الحال في مصر وبابل وروما[1].

لقد ترتّب على التطور السابق، سواء من حيث وجود تنظيم الدولة، أو من حيث التطور الاقتصادي، أن تناقصت حالات اللجوء إلى الانتقام الفردي، وكثرت حالات اللجوء إلى رئيس الجماعة والاحتكام إليه فيما يقع من منازعات بين الأفراد. وكان رئيس الجماعة بدوره يتشاور مع رجال الدين الذين كانوا يمثلون إرادة الآلهة من أجل إيجاد الحكم المناسب من خلال العادات والتقاليد السائدة. وكانت الأحكام التي كانت تصدر عنهم تنسب إلى الآلهة، وهذا ما أكسبها قوّة ملزمة في الواقع العملي.

والقاضي الذي يتم اختياره من بين رجال الدين يجمع بين سلطات التشريع والقضاء والتنفيذ وهذا أمر بديهي إذ لم يكن من المتصور وجود سلطات تشريعية وتنفيذية منفصلة، وكانت الأحكام التي تصدر وفق العادات المألوفة بوحي الآلهة تتشابه في الحالات المماثلة، حيث تكوّنت بعض القواعد

---

(1) أنظر ميلابورت: بلاد ما بين النهرين، ص 175 مشار إليه في كتاب مبادئ تاريخ القانون للدكتور صوفي أبو طالب.

العرفية الدقيقة المتماثلة، وحيث أصبحت عباراتها تنتقل من حكم إلى آخر ومن جيل إلى جيل، وبذلك اكتسبت بعض الثبات الذي وفّر لها القدسية والاحترام في نفوس الناس.

ورغم التطور السابق فقد بقيت الأحكام مصدرها وحي الآلهة وإرادتها، وأضحت القوانين عبارة عن مجموعة من التقاليد الدينية، لذلك فإن الجزاء الذي كان يطبّق بشأنها يعتبر جزءاً دينياً[1].

الجزاء المترتّب على مخالفة التقاليد الدينية

رغم استقرار القواعد القانونية في صورة تقاليد دينية فقد بقيت مفتقرة الى عنصر الجزاء الذي بقي يتمثل في الخوف من غضب الآلهة والاحترام الواجب تجاه رجال الدين، ومع مضي الزمن ظهرت بعض الأفعال التي يحرّمها الدين، كتحريم إقامة الشعائر الدينية إلاّ في أوقات معينة من السنة، كما حرّم القتل في فصول معيّنة، واعتبرت بعض الأفعال مثل القتل بطريق السحر والزنا أفعالاً محرمة..

وفي مرحلة لاحقة تمكن رجال الدين من إيجاد بعض الجزاءات الدينية في حال مخالفة أحكامهم الموجهة إلى الأطراف المتنازعين، ومن بين هذه الجزاءات جزاء طرد الشخص من دائرة الجماعة وإنزال لعنة الآلهة وغضبها به.

كما توصلت الجماعات القديمة الى تنظيم علاقاتها فيما بينها على أساس نبذ القوة وعقد الاتفاقات عن طريق اليمين، حيث تقوم كل جماعة بالقسم باسم آلهتها وتشهدها على الاتفاق، وكان هذا القسم يحمل الجماعات على تنفيذ اتفاقاتها خشية غضب الآلهة. والقسم وجد عبر رجال الدين وساد لدى معظم الشعوب القديمة، ونجد له بعض المعالم الواضحة في القانون الروماني والقانون المصري القديم وقوانين بابل.

كذلك أوجد رجال الدين نظام الرهان، حيث كان كل طرف من أطراف النزاع يقدم مالاً من أمواله كرهن، بحيث يستطيع من يصدر الحكم لصالحه أن يحصل على أمواله من هذا الرهن. كذلك كان في استطاعة رجال الدين أن يلزموا

---

(1) Sir Sumner Maine: Ancient law, (London 1883), p.p. 8- 10.

الأطراف المتنازعة بتقديم كفلاء يضمنون تنفيذ الحكم. ونرى الصورة الواضحة لهذه المبادئ في القانون الروماني وبصفة خاصة في نظام دعاوى القانون.

الآثار الدينية لنشأة القواعد القانونية

ترتّب على نشأة القواعد القانونية الدينية بعض الخصائص التي استلزمتها ظروف تلك المرحلة من مراحل تطور القوانين.

فمن حيث الجزاء فقد كان جزاءً دينياً مهما كان نوع الحكم الصادر بشأن المسائل المتنازع عليها. وقد إستمر هذا الجزاء رغم نشوء الدولة واختلط بالجزاء المدني فيما بعد، فالقانون الروماني في بعض الحالات تضمن الجزاءات الدينية الى جانب الجزاءات المدنية، بينما بقي قانون مانو الهندي يطبّق الجزاء الديني على من يخالف قاعدة، تعتبر بطبيعتها من القواعد القانونية[1].

وتظهر الجزاءات المدنية والدينية بصورة واضحة في الشرائع السماوية كالشريعة الإسلامية والشريعة اليهودية، فإلى جانب الجزاء المدني فقد تضمنت جزاءات دينية تتعلق بأحوال الآخرة وما يتعلق بها من ثواب وعقاب.

وكان من نتيجة تطبيق القواعد الدينية أن اعتبر مصدرها وحي الآلهة، وهذا الوحي لا يمكن إلاّ أن يقف إلى جانب صاحب الحق. وبقي الاحتكام إلى الله معروفاً في أوروبا في العصور الوسطى، وكانت المبارزة من أهم تطبيقاته، ففي حال عدم الوصول الى حلّ للنزاع أمام القاضي، كان الأطراف يلجأون للمبارزة في ساحة المحكمة على أساس اعتقادهم أن العناية الإلهية ستتدخّل لنصرة صاحب الحق[2].

ويعتبر الأساس الديني ركيزة قيام وحدة الجماعات السياسية في المجتمعات القديمة، فكان أفراد الوحدة السياسية يعتبرون أنهم يشتركون في عبادة واحدة، وبذلك يعتبر كل شخص لا يشترك في هذه العبادة أجنبياً عنها، وبذلك لا يتمتع بأية حقوق، والأجنبي في المجتمع الروماني الأول يعتبر خير مثال على هذه الحالة، حيث لم يكن له حق التملك أو التعامل أو التقاضي أو الزواج.

---

(1) قصة الحضارة: ترجمة زكي نجيب محمود، القاهرة 1949 المجلد الأول، جزء 3 ص 166 وما بعدها.

(2) Westermarck: Op. Cit., P.P. 495 et S.

ولقد ترتب على الصفة الدينية للقواعد القانونية أن اعتبرت سراً لا يجوز الاطلاع عليه، كما ترتب عليها أيضاً عدم إمكانية تعديل القواعد القانونية أو تغييرها خوفاً من غضب الآلهة. وخير مثال على ذلك ما نجده في القوانين الاغريقية والرومانية، فقد بقيت هذه القوانين في مراحلها الأولى حكراً على رجال الدين وأحيطت بسياج منيع من الكتمان والسرية.

3 ـ مرحلة التقاليد العرفية

ظهور العرف الى جانب التقاليد الدينية

بقيت التقاليد الدينية سائدة في المجتمعات القديمة لفترة طويلة، وعلى أثر التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والفكري، سادت الأعراف والتقاليد الى جانب التقاليد الدينية، ثم أخذت تحلّ محل هذه الأخيرة نتيجة لامتداد نفوذ سلطات الحكام المدنيين على حساب سلطات رجال الدين، وقد تمخّض هذا الأمر عن صراع عنيف نشأ بين رجال الدين من جهة، وبين الأشراف من الأسر الارستقراطية من جهة أخرى، وأدى إلى انفصال السلطة الزمنية عن السلطة الدينية.

ففي الغرب انتقل القانون الى مرحلة التقاليد العرفية على أثر انتقال السلطة من الملوك المؤلّهين إلى أقلية أرستقراطية، ما لبثت أن اضطرّت الى مشاركة الطبقات الدنيا معها في الحكم. وبذلك فإن التحوّل تمّ من حكم ديني الى حكم أقلية ثم الى حكم ديمقراطي.

ولقد ترتب على التطور السابق احتكار طبقة الأشراف للسلطة السياسية ومن ثم احتكارها لعلم القانون، وقد ساعدها على ذلك جهل الطبقة العامة التي لقيت اضطهاد الملوك وظلمهم، وقد إستغلت طبقة الأشراف هذا الأمر لتحافظ على سلطانها ونفوذها من خلال تطبيق القوانين وتفسيرها حسب مصالحها الطائفية وامتيازاتها الخاصة[1].

ومن جهة أخرى فقد أدى الإنفصال بين السلطة الزمنية والسلطة الدينية

---

(1) J. Monier: Histoire des institutions, p.p. 102- 105.

الى أن تنفصل قواعد القانون من قواعد الدين، وأن تتولى السلطة الزمنية كافة الأمور التشريعية والقضائية والسياسية، بينما اقتصر عمل السلطة الأخرى على الأمور الدينية والتي أصبحت بشكل أو بآخر تخضع لإشراف السلطة الأولى.

وبتطور الحالة العامة للمجتمع فقد قامت طبقة العامة تطالب بضرورة مساواتها بطبقة الأشراف، وثارت على هذه الطبقة الأخيرة التي رضيت في إشراك العامة في الحكم فتحول الى حكم ديمقراطي، ونلاحظ أن هذا الأمر حصل في أثينا كما حصل أيضاً في روما[1].

أما في الشرق فقد قام الملوك بتقليص نفوذ رجال الدين بعد صراع طويل استمر عدّة قرون، وانتهى بضعف سلطة رجال الدين، وبدأت التقاليد العرفية تظهر مستقلة عن الدين. وحصل الأمر السابق بصورة تدريجية حيث تمّ تشكيل محاكم مختلطة، تتألف من قضاة مدنيين الى جانب رجال الدين، ثم ظهرت فيما بعد المحاكم المدنية المستقلة الى جانب المحاكم الدينية، التي استمرت بالنظر في نوع من القضايا وثيقة الصلة بالمعتقدات الدينية كالزواج والزنا وغيرهما. ورغم هذا التطور فقد بقيت المسحة الدينية في تلك القوانين حتى بعد عصر التدوين.

الآثار المترتبة على ظهور التقاليد العرفية

لا شك أن مرحلة التقاليد العرفية شهدت تغييراً جذرياً إذا ما قيست بمرحلة الوحي الإلهي، ولقد ظهر هذا التميـز في مجالات عديدة.

ففي مجال نظام الحكم، نشأ نظام الحكم الديمقراطي الذي يقوم على أساس الانتخاب وعلى أساس أن الحاكم يحكم باسْم الأغلبية ولا يحكم باسم

(1) ففي المدن الاغريقية ساعد سوء الحالة الاقتصادية على تذمر طبقة العامة، وهجر بعض أفرادها حيث كونوا بعض المستعمرات في جنوب شبه جزيرة إيطاليا وفي مصر، واستمر الحال كذلك حتى تولى صولون الحكم في أواخر القرن السابع قبل الميلاد، ووضع دستوراً جديداً للبلاد يتضمن مشاركة الطبقة العامة مع طبقة الأشراف في إدارة شؤون الدولة.
وفي روما قام النزاع بين طبقة الأشراف وطبقة العامة على أثر مطالبة طبقة العامة بتدوين القوانين ومساواتها بطبقة الأشراف، وقد رفضت هذه الطبقة الأخيرة المطالب في بادئ الأمر، ثم رضخت لها بعد أن هدّدت طبقة العامة بالإنسحاب من المدينة. وعلى أثر هذه المطالبة صدر قانون الألواح الاثني عشر والقوانين اللاحقة التي كانت تهدف إلى تحقيق المساواة بين الطبقتين.

طبقة معينة في المجتمع، وقد بقي الملوك في البلدان الشرقية يتولّون سلطاتهم باسم الدين عن طريق توارث العرش، ورغم ذلك فإن الحكم كان يمثل مصلحة الجماعة ولا يمثل مصلحة طبقة معينة. لذلك فإن الأنظمة السياسية المتعاقبة عملت على محاولة إزالة الفوارق بين الطبقات في المجتمع، ولقد نجحت الى حد بعيد في تحقيق المساواة بين الأفراد أمام القانون.

أما في مجال القواعد القانونية، فلم تعد حكراً على فئة معيّنة من أفراد المجتمع ولم تعد تصدر باعتبارها من وحي الآلهة، بل باعتبارها تصدر بإرادة الشعب، فاللجنة التي وضعت قانون الألواح الاثني عشر عند الرومان استمدت سلطاتها من الشعب، والحاكم صولون وضع قوانينه بتفويض من الشعب الاغريقي. وعلى هذا الأساس أصبح بالإمكان تعديل هذه القوانين بإرادة الشعب، ووفق متطلبات الحاجات الاجتماعية والاقتصادية، بعد أن كانت غير قابلة للتعديل في المراحل السابقة خشية غضب الآلهة.

أما في مجال الجزاءات المقرّرة في حال مخالفة القواعد القانونية، فقد أصبحت جزاءات مدنية وتتولى تطبيقها السلطة المدنية، بعد أن كانت في المرحلة السابقة جزاءات دينية تتولى فرضها السلطة الدينية. وتجدر الملاحظة إلى أن هذا التطور لم يحدث دفعةً واحدة، بل مرّ عبر حقبات زمنية طويلة، كما تجدر الملاحظة أيضاً إلى أن هذا التطوّر لم يحصل بنسب متساوية عند مختلف الشعوب، فالهنود استمروا مثلاً في الخلط بين الدين والقانون حتى بعد انفصال السلطة الزمنية عن السلطة الدينية في مجتمعات أخرى.

4 ـ مرحلة تدوين القوانين

إنتشار تدوين القوانين كظاهرة عامة عند الشعوب القديمة

لا تعتبر مرحلة تدوين القواعد القانونية مرحلة خاصة بحد ذاتها، وإنما كانت ظاهرة عامة لدى الشعوب القديمة التي وصلت الى درجة معينة من الثقافة والمدنية مكّنتها من اكتشاف الكتابة وتدوين التقاليد المرعية، سواء في المجتمعات الشرقية أو في المجتمعات الغربية.

والأمر السابق لا يعني أن القواعد القانونية نشأت بظهور الكتابة بل يعني أن

القوانين والتقاليد العرفية دوّنت في نصوص مكتوبة أدّت إلى انتشارها وتطورها بشكل سريع، وحفظتها من الضياع عبر التاريخ. ومن ناحية أخرى فإن التدوين جعل القانون معروفاً بين الناس بعد أن كان سراً يحتفظ به رجال الدين(1).

وقد عمدت بعض الشعوب الى تدوين قوانينها بعد انفصال القانون عن الدين كالرومان والإغريق والبابليين، لذلك جاءت أحكام قوانينها بعيدة عن الصبغة الدينية الى حد كبير؛ بينما كانت بعض القوانين الأخرى تختلط فيها القواعد القانونية المدنية بالقواعد الدينية والأخلاقية، كما هو الحال عند الهنود واليهود والمسلمين.

ولقد امتازت تلك المدونات القديمة من حيث صياغتها بأنها وضعت في أسلوب موجز وشعري، وكانت عبارة عن تدوين للأعراف والتقاليد التي كانت سائدة في المجتمع. وهذا لا يعني أن القوانين المدونة احتوت كافة الأعراف السائدة، ولا يعني هذا الأمر من ناحية أخرى أن هذه الشعوب اقتصرت على تدوين هذه الأعراف دون إيجاد قواعد جديدة حيث واجهت بها التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والفكرية التي طرأت على المجتمع في تلك المرحلة.

لقد اكتسبت تلك المدونات أهمية خاصة نظراً لمدى الإحترام الذي لاقته في نفوس الناس، إما بسبب نسبتها الى الآلهة كقانون مانو الهندي، أو بسبب صدورها من حكام عظماء كقانون صولون وقانون حمورابي، أو بسبب صدورها نتيجة أحداث سياسية واجتماعية هامة كقانون الألواح الاثني عشر.

ثانياً - أهم المدونات في العصور القديمة

صدرت في الشرق مدونات قانونية في مصر وبابل وآشور، ويرجع تاريخها الى ما قبل عام 2000 ق.م.، كما صدرت بعض المدونات عند اليهود وعند الهنود، ترجع الى حوالي عام 1000 ق.م. وسنقتصر على دراسة أهم هذه المدونات وهي قانون حمورابي وقانون مانو وقانون بوخوريس، وقوانين الشريعة اليهودية.

(1) S. Maine: Ancient Law: Op. Cit., p. 15

أما في الغرب فقد ظهرت المدوّنات في تاريخ لاحق، ففي بلاد الإغريق صدرت عدة مدوّنات منذ سنة 700ق.م.، وفي روما صدر قانون الألواح الاثني عشر في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد، ثم صدرت بعد ذلك مجموعات كثيرة كان أهمها مجموعات جستنيان في القرن السادس بعد الميلاد وسنقتصر على دراسة أهم القوانين عند الشعوب الغربية القديمة وهي قوانين دراكون وصولون عند اليونان، وقانون الألواح الاثني عشر، ومجموعات جستنيان، عند الرومان، وسنخصص للقوانين الرومانية قسماً مستقلاً للدراسة نتناول فيه أحكام قانون الألواح الاثني عشر والتطورات التشريعية اللاحقة عليه بما في ذلك وسائل التطور ومجموعات جستنيان التي وضعها في عصر الامبراطورية السفلى.

وسنخصص الفقرة الأولى لدراسة أهم المدوّنات الشرقية، ونخصص الفقرة الثانية للبحث في أهم المدونات الغربية، وذلك عن طريق إيراد بعض المعلومات الموجزة حول أسباب وضع هذه القوانين وأهم الأحكام المتعلقة بها.

(أ) أهم المدونات الشرقية القديمة

1 ـ قانون حمورابي Loi de Hammourabi

أسباب وضعه وتقسيم الطبقات

وضع قانون حمورابي الملك حمورابي (1728 ـ 1686 ق.م.). وهو أشهر ملوك مملكة بابل التي نشأت على ضفاف نهر الفرات في العراق[1].

أما الهدف من وضعه فكان توحيد البلاد التي كان يحكمها الملك حمورابي عن طريق توحيد قوانينها، لذلك فقد تضمّن قانون حمورابي بعض التقاليد العرفية السابقة التي رأى حمورابي ضرورة تطبيقها في كل البلاد، كما عدّل بعض هذه الأعراف السائدة وفق ما أملته التطورات الاجتماعية والاقتصادية خلال هذه الفترة.

(1) اكتشف قانون حمورابي سنة 1902 في مدينة سوز Suse، في بلاد إيران، وقد نقش على حجر يبلغ ارتفاعه 2,25 م. وطول قاعدته 1,90 م، وموجود في متحف اللوفر في باريس.

إحتوى قانون حمورابي على 282 مادة صيغت بأسلوب شبيه بالقوانين الحديثة[1]، وبعيد عن الأسلوب الشعري الذي اتصفت به القوانين القديمة، كذلك فقد جاءت أحكامه خالية من الأحكام الدينية، إلا فيما اختص ببعض الامتيازات الممنوحة لبعض طبقات الكهنة، ورغم رقيّ نصوصه فقد تضمن عقوبات قاسية[2] وأخذ بحكم النفس بالنفس[3] والتحكيم الإلهي[4]، وقسّم الطبقات في المجتمع على النحو الآتي:

- طبقة الأحرار: ولها حق التملك وممارسة التجارة والدخول في مجلس الشيوخ، كما فرض عليها في المقابل بعض الإلتزامات كدفع الضرائب والقيام بأعمال السخرة.
- طبقة الكهان: وكانت تتمتع بحقوق وامتيازات طبقة الأمراء إلى جانب قيامها بحراسة المعابد وإعطاء النصائح والاستشارات للملك.
- طبقة الأتباع: وتضمّ العمال والصنّاع والمعتقين من الأرقاء.
- طبقة العبيد: وتضم أسرى الحرب والأرقّاء أو الذين استُرِقّوا بسبب عجزهم عن وفاء ديونهم.

بعض الأحكام الواردة في قانون حمورابي

تضمن قانون حمورابي رغم نصوصه القليلة معظم فروع القانون

---

(1) تتكون مجموعة حمورابي من ثلاثة أجزاء: المقدمة والمجموعة القانونية والخاتمة؛ أما المقدمة فقد أشارت إلى تكليف الملك حمورابي من قبل الآلهة، لوضع هذا القانون ليجعل العدل يشرق على البلد، وليهلك الفاسد والشرير حتى لا يطغى القوي على الضعيف. أما الجزء الثاني فهو الخاص بالمجموعة القانونية، ويشتمل على 282 مادة. أما الجزء الثالث فهو الخاتمة، وفيه يعود الملك حمورابي للإشادة بفضائله ويدعو خلفاءه من بعده بألا يبدلوا القانون الذي وضعه، ويدعو الآلهة أن تنزل لعنتها بمن يشوّه هذه النصوص أو يبدلها فتحيق به المصائب والكوارث

أنظر بالتفصيل: الدكتور محمود سلام زناتي: قانون حمورابي، مطبعة جامعة عين شمس بالقاهرة 1971 ص 43 وما بعدها.

(2) جرائم كثيرة عاقب عليها قانون حمورابي بالموت منها هتك العرض، خطف الأطفال، قطع الطرق، السطو ـ قتل المرأة لزوجها، عدم اطاعة الأهل وغيرها.

(3) قانون النفس بالنفس جاء مفصلاً في التوراة، وأشارت اليه الشريعة الاسلامية «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس».

(4) التحكيم الالهي من العادات الشائعة عند بعض الامم، وهو إثبات الجريمة على المتهم بالقائه في النار أو الماء ليتبين أن ينجو منها إذا كان بريئاً وإلا كان مذنباً.

المختلفة، فقد تضمّن تنظيم حقوق العائلة وأوجب العقد في الزواج وجعل له بعض المراسيم الدينية ولم يسمح بتعدد الزوجات، كما خفّف من آثار السّلطة الأبوية، ونظّم الحقوق الإرثية، وأجاز التبني وأوجب على المتبنّي أن يرعى من تبناه ويعلمه صنعة معنية، كما عني القانون بتنظيم العقود من بيع وإيجار ومداينات وتسليف، كما نظّم عقد الشركة والعارية والوديعة.

أما من ناحية العقوبات فقد أوجد بعض العقوبات تطبيقاً لمبدأ الجزاء بالمثل، ورتبها بحسب انتماء الفرد الطبقي، وحدّد بعض العقوبات لجرائم السرقة وإخفاء الأشياء المسروقة وقطع الطريق والضرب والجرح والقتل، وإلحاق الضرر بالمزروعات. كما أورد القانون مسؤولية الطبيب تجاه مريضه، ومسؤولية البنّاء تجاه مالك البناء، وحدّد أجورهم، كما منح العامل إجازة ثلاثة أيام إذا كان عاملاً بالشهر، وعشرة أيام إذا كان عاملاً بالسنة[1].

قانون حمورابي وقانون الألواح الاثني عشر

رغم أن قانون حمورابي صدر قبل قانون الألواح الاثني عشر الروماني بأكثر من اثني عشر قرناً، فإن قانون حمورابي اتّصف بالمرونة والتبويب العلمي في المجال القانوني، وباستثناء بعض الأحكام الجزائية القاسية التي احتوى عليها القانون، فإن الأحكام الأخرى جاءت متقدمة على أحكام قانون الألواح الاثني عشر وخاصة فيما يتعلق بنظام الالتزامات والعقود وأهلية المرأة والملكية الفردية[2].

ويظهر الإختلاف بين القانونين من حيث المصدر، فبينما يعتبر قانون الألواح الاثني عشر قد صدر بصورة ديمقراطية عن الحاكم وموافقة الشعب عليه، فإن قانون حمورابي اتخذ في صدوره شكل الحكم الديني المطلق رغم خلوّه من الأحكام الدينية، فهو عبارة عن تشريع أوحى به إله بابل الى الملك حمورابي ليطبق على الشعب.

وهنالك اختلاف آخر بين القانونين، يرجع بصفة أساسية إلى ناحية

---

(1) أنظر بالتفصيل Driver and Miles: The Babylonian laws, Oxford 1952, T. 1 p. 42
أنظر أيضاً الدكتور محمود سلام زناتي: المرجع السابق، ص 11 وما بعدها.

(2) ول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة الأستاذ محمد بدران، المجلد الأول، جـ 2 ص 209 ـ 210.

تصنيف الطبقات في المجتمع، فقد أقرّ قانون حمورابي تقسيم المجتمع الى أربع طبقات كما سبق وذكرنا، بينما كان الهدف من وضع قانون الألواح الاثني عشر إزالة التفرقة بين طبقة الأشراف وطبقة العامة نتيجة لمطالبة هذه الأخيرة، بمساواتها مع الطبقة الأولى التي كانت تتمتّع بكافة الإمتيازات في المجتمع الروماني.

2 ـ قانون مانو Loi de Manou

تاريخ وأسباب وضعه

ثار الخلاف في الرأي بين المؤرّخين حول تاريخ وضع قانون مانو، فمنهم من أرجعه الى سنة 1280 ق.م.، ومنهم من أرجعه إلى تاريخ أحدث من التاريخ المذكور، والرأي الراجح يرجعه الى القرن الثالث عشر قبل الميلاد باعتبار أن العقيدة الدينية التي تمليها نصوص مانو قائمة على فكرة التوحيد، وهي عقيدة الهنود القدماء قبل أن تتحول في عصر لاحق الى فكرة التثليث[1]، وعقيدة التوحيد الأولى وردت في كتاب الصلوات والتراتيل الهندية المسمى (فيدا Vida)، وهو كتاب البراهما المقدس، وقد وضع حوالى القرن الرابع عشر قبل الميلاد.

وبعد عهد التثليث دخلت الديانة البراهمية في مرحلة تطور جديدة على يد المصلح الديني البراهمي (بوذا Boudha) في حوالى القرن الخامس قبل الميلاد، حيث نادى بالمساواة بين الأفراد، وإلغاء نظام الطبقات والقضاء على نفوذ الكهنة، وترك المظهر ودعا الى التمسك بالجوهر والترفع عن الشهوات في سبيل الوصول الى السعادة. وكان من نتيجة ذلك أن انتشرت دعوة بوذا بين الهنود وقامت في الهند ديانة جديدة اسمها البوذية الى جانب الديانة البراهمية القديمة وانتشرت في البلاد الآسيوية[2].

أما الهدف من وضعه فقد كان في سبيل استرشاد فئة خاصة من الشعب

---

(1) فكرة التثليث توحي بأن الروح الأعظم براهم Brahm تقمص ثلاثة آلهة هم (براهْما Brahma) و(فيشنو Vichnou) و(سيفا Siva).

(2) أنظر بالتفصيل كتاب: Deslongchamps: Lois de Manou

الهندي هم طبقة البراهمة، فكان بمثابة المرشد لهم لقواعد السلوك في المجتمع الانساني، وقد أصبح هذا القانون مع الزمن عام التطبيق بالنسبة لكافة أفراد المجتمع في الهند.

كيفية وضعه وأهمّ خصائصه

أوحى بهذا القانون الإله براهما (Brahma) إلى أول ملك من الملوك السبعة المؤلهين الذين سادوا العالم، حيث يطلق الهنود عليهم اسم «مانو»، كما كان يطلق إسم فرعون على ملوك مصر القدماء، وقد أبلغه الملك الى كبار الكهنة وبقي محفوظاً من جيل الى جيل إلى أن دوّن باللغة السنسكريتية، وهي لغة الهنود القدماء وقد صيغت أحكامه بأسلوب شعري بلغت 2685 بيتاً، وترجم الى لغات أوروبية متعددة.

ويعتبر قانون مانو بمثابة مرشد للإنسان منذ ولادته وحتى وفاته، وقد تضمن قواعد كثيرة منها ما يتعلق بالدين، ومنها ما يتعلق بالأخلاق، ومنها ما يتعلق بالإقتصاد، ومنها ما يتعلق بالقانون، أي أن القانون خلط بين الأمور الدينية والأمور الدنيوية، فهنالك أحكام تتناول العبادات من صوم وصلاة وتقديم القرابين وغيرها، وهنالك أحكام تحدّد قواعد المجاملات في المجتمع كردّ التحية وتسمية المولود وغيرها، كما أن هنالك الكثير من الحكم الأخلاقية والأفكار التي تتصل بفنون الحرب والتجارة.

وإذا كانت قواعد الدين تختلط بقواعد المعاملات فإن الجزاءات المترتبة عليها هي جزاءات دنيوية وجزاءات أخروية، ويستطيع الإنسان أن يتخلص من هذه الجزاءات الأخيرة عن طريق تقديمه كفّارة عن ذنوبه[1].

الطبقات في قانون مانو

لم يهدف قانون مانو الى تحقيق المساواة بين الطبقات، فقد نصّ هذا

(1) فالشخص الذي يرتكب جرائم يصاب بأمراض وتشويهات خاصة، فمن شرب مشروبات روحية تصبح أسنانه سوداء، ومن قتل متديناً برهمياً يصاب بالسل. ويستطيع المجرم أن يكفّر عن ذنبه عن طريق تقديم كفّارة، وتتخذ الكفارة اشكالاً مختلفة، ومنها أن يحبس الشخص نفسه في خلية يتعبد فيها، وتختلف المدة باختلاف الأحوال.
أنظر الأستاذ علي بدوي: أبحاث التاريخ العام للقانون، القاهرة 1943، ص 50 هامش 2.

القانون على أساس تقسيم المجتمع الهندي إلى أربع طبقات وهي: طبقة البراهمة (الكهنة) وطبقة المحاربين، وطبقة الزرّاع والتجار، وطبقة العمال، وهنالك بعض الأفراد لا ينتمون إلى أيٍّ من هذه الطبقات وهم فئة المنبوذين (Parias) الذين يحرّم لمسهم أو إقامة صلات معهم.

وقد أقرّ قانون مانو الحقوق لهذه الطبقات بالتدرّج، بحيث منح الحقوق العامة بشكل كامل لطبقة البراهمة، بينما منح بعض هذه الحقوق لطبقة المحاربين، وحرمت طبقة الزرّاع والتجار وطبقة العمال من هذه الحقوق.

كذلك نجد التفاوت في الحقوق الخاصة أيضاً، فقانون مانو إعترف بتعدد الزوجات، وأجاز لأفراد طبقة البراهمة التزوج بأربع نساء، بينما اقتصر حق أفراد طبقة المحاربين على الزواج من ثلاث نساء، أما طبقة الزرّاع والتجار فيقتصر حق أفرادها على الزواج من اثنتين، ويحرّم على أفراد طبقة العمال الزواج بأكثر من امرأةَ واحدة.

3 ـ قانون بوخوريس Code Bocchoris

تاريخ وضع قانون بوخوريس

إتّسمت القوانين المصرية القديمة بالطابع الديني قبل صدور قانون بوخوريس[1]، وقد أصدر الملك بوخوريس[2] قانونه الذي اتّصف بالطابع المدني، واعتبر أنه آخر مرحلة من مراحل تطور القانون المصري القديم.

جمع الملك بوخوريس في قانونه النظم والقوانين المصرية التي كانت سائدة قبل عصره مع إدخال بعض التعديلات عليها، وقد أشار مؤرّخو اليونان الى قانون بوخوريس واعتبروه من أهم تشريعات مصر القديمة، وقد تأثر بوخوريس في تشريعه بقوانين بابل وخاصة بقانون حمورابي، وانتهج نهج البابليين في إخراج القواعد القانونية من دائرة القواعد الدينية.

---

(1) فقد صدر قبل قانون بوخوريس قانون من الإله (تحوت) إله القانون، وتشير بعض الآثار إلى أنه وضع حوالى سنة 4200 ق.م. وقد اتّصف بالطابع الديني، وأمر الملك مينا بتطبيقه بما له من سلطة إلهية وتشريعية.

(2) الملك بوخوريس من فراعنة مصر مؤسس الأسرة الرابعة والعشرين، وقد إبتدأت مدة حكمه عام 718 وانتهت عام 712 ق.م.

وقد أدخلت بعض التعديلات اللاحقة على قانون بوخوريس، واستمر العمل به في العهد البطلمي[1] حيث سمّاه الإغريق باسم قانون العقود «Code des Contrats»، واستمرّ بعد ذلك حتى بعد الفتح الروماني لمصر، وتوقف العمل به من تاريخ منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية عام 212 ميلادية في عهد الامبراطور كركلا.

مميزات قانون بوخوريس

تميّز قانون بوخوريس بكونه صدر كقانون مدني وبذلك تخلّى القانون عن الأطر الدينية التي كانت تتصف بها القوانين في السابق.

ومن أبرز خصائصه الاصلاحات التي أتى بها في دائرة الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، فقد منح المرأة حق المساواة بالرجل، وأصبح الزواج يقوم على حرية التعاقد، فكما أن للزوج أن يطلّق زوجته، فللزوجة أيضاً أن تطلب فسخ الزواج وأن تطلب مبلغاً معيناً من المال حين تطليقها.

وبقي تعدد الزوجات مباحاً إلا إذا اشترط في عقد الزواج على خلاف هذا الأمر، وحرّم تعدد الزوجات بالنسبة لطبقة الكهنة.

كما منحت المرأة حق الاحتفاظ بأموالها الخاصة وحق التعاقد باسمها دون إجازة زوجها، مع أن الأصل هو الاشتراك في العلاقات المالية بين الزوجين.

وقد قضى قانون بوخوريس على الآثار المترتبة على السلطة الأبوية، فإقتصرت ولاية الأب على أولاده الصغار، ولم تعد الوصاية مقررة إلا على مال الصغير، وأصبح للأم الولاية على أبنائها الصغار بعد وفاة والدهم، كما أصبح لجميع الأولاد أن يرثوا من مال أبيهم على قدم المساواة.

أما فيما يتعلق بالمعاملات فقد أقرّ قانون بوخوريس بمبدأ حرية التعاقد والرضاء في العقود دون توجّب أن يقترن هذا التراضي بقسم اليمين الدينية الذي كانت ترتكز عليه العقود في السابق.

---

(1) العهد البطلمي نسبة إلى «بطليموس» أحد قواد الاسكندر المقدوني، الذي حكم مصر ثم خلفه أبناؤه ملوكاً عليها، وكان يسمى كل منهم باسم بطليموس وعددهم ستة عشر ملكاً وإليهم ينسب العهد البطلمي.

كذلك أخذ القانون بمبدأ التعاقد بالكتابة، وبذلك حلّ العقد الكتابي محل العقد الشفوي، وأصبح من أسباب كسب الملكية[1].

وألغى القانون نظام الإكراه البدني بالنسبة للمدين بحيث انتقلت مسؤولية هذا الأخير من جسمه إلى ماله، وأصبح الالتزام يقع على ذمة المدين وليس على شخصه، ورغم ذلك فقد بقي الإكراه البدني مطبقاً بشأن الديون المستحقة للدولة أو الديون المستحقة للمعابد.

ونظّم قانون بوخوريس بعض العقود وخاصة عقد القرض، وقرر منع المطالبة بأكثر من ضعف الدين مهما طالت المدّة، وتوسّع في أحكام الرهن[2]، وقرّر في عقد الإيجار رهناً عاماً على أموال المستأجر ضماناً للوفاء بالأجرة، وقرّر هذا الرهن لمصلحة الزوجة على زوجها لضمان تنفيذ ما تشترطه من شروط في عقد الزواج.

4 ـ الشريعة اليهودية

أهمية دراسة الشريعة اليهودية

تدلّ الأبحاث التاريخية أنّ فلسطين كان يسكنها حوالى عام 1300 ق.م. شعوب عديدة من أعراق مختلفة هاجرت إليها من مصر والجزيرة العربية وحوض الفرات، ومن أشهر القبائل العربية التي هاجرت اليها واستقرت على ضفة نهر الأردن الغربية قبيلة عرفت باسم (الكنعانيين)، وسميت المنطقة بأرض كنعان.

وفي حوالى 1200 ق.م. هاجرت جماعات من جزيرة (كريت) يدعون بالفلسطينيين واستقرت بين يافا وغزة، وقد اختلط الكنعانيون بهذه الجماعات ونتج عن إختلاطهم مزيج غلب عليه الدم العربي واللغة الكنعانية، كما غلب عليه الاسم الوافد من كريت فأصبحت تعرف هذه البلاد بفلسطين[3].

وقد ظهرت الشريعة اليهودية في أرض كنعان بفلسطين كشريعة سماوية

---

(1) الدكتور شفيق شحاتة: التاريخ العام للقانون، القاهرة 1958، ص 281.

(2) الدكتور شفيق شحاتة، المرجع السابق ص 268 وما بعدها.

(3) الدكتور عبد السلام الترمانيني: تاريخ النظم والشرائع، مطبوعات جامعة الكويت 1974 ص 283.

نزلت على موسى لفظاً ومعنى، واتسمت بالطابع الديني الذي أبعدها عن التعديل والتبديل، وإذا لزم الأمر مسايرة بعض المستجدّات فللأحبار وحدهم أن يلائموا بين نصوص الشريعة وبين تلك الحاجات المستجدة.

والشريعة اليهودية شريعة خاصة ببني إسرائيل ولا تطبق على الأجانب باعتبار أن للشعب اليهودي طبيعة خاصة، وشريعته جزء من ثقافة اجتماعية لا يخضع لها إلا اليهود.

وأهمية الشريعة اليهودية تكمن في كونها نموذجاً لتطور القواعد القانونية من قواعد ظهرت في صورة عادات قبلية تسودها القوة والإنتقام، إلى قواعد يغلب عليها الطابع الديني والوحي الإلهي، تمّ تطورها وصياغتها في نصوص مدوّنة.

ومن الناحية التاريخية فإن الشريعة اليهودية اعتبرت مصدراً لبعض القواعد القانونية التي ظهرت في القانون الكنسي وفي قوانين أوروبا في العصور الوسطى، باعتبار أن التوراة وغيرها من الأسفار والكتب اليهودية تؤلف مع الانجيل الكتاب المقدس لدى المسيحيين.

وأخيراً فإن دراسة أحكام الشريعة اليهودية تتيح المجال للمقارنة بينها وبين الشرائع الأخرى التي سبقتها أو عاصرتها أو تلتها في النشأة.

مصادر الشريعة اليهودية: (العهد القديم ـ التلمود)

(العهد القديم)

يطلق العهد القديم على أسفار اليهود، تمييزاً لها عن العهد الجديد الذي يشتمل على الكتب الخاصة بالعقيدة المسيحية. ويطلق على العهدين معاً اسم الكتاب المقدس (La Bible).

ويشتمل العهد القديم على 39 سفراً وهي:

- **التوراة**: وتتألف من خمسة أسفار ويتضمن كل سفر عدداً من الاصحاحات هي:

1 ـ **سفر التكوين**: ويتألف من خمسين إصحاحاً تشتمل على قصة خلق الانسان من عهد آدم، وتتحدث عن قصة الطوفان وعن قصة إبراهيم

ونسله وعهد دخول بني إسرائيل إلى مصر.

2 - **سفر الخروج**: ويتألف من أربعين إصحاحاً ويتحدث عن حياة بني إسرائيل في مصر وما عانوه من ظلم الفراعنة، ثم خروجهم من مصر بقيادة موسى. كذلك تضمن الوصايا العشر التي نزلت على موسى، والكثير من الأحكام الدينية، والقانونية الخاصة بيهوه إله بني إسرائيل[1].

3 - **سفر الأحبار**: ويتألف من سبعة وعشرين إصحاحاً تتضمن أحكام العبادات وكفارات الذنوب، والزواج المحرّم، والذبائح والطهارة والنجاسة والأحكام المتعلقة بالطقوس والأعياد.

4 - **سفر العدد**: ويتألف من ستة وثلاثين إصحاحاً، ويحتوي على عدد بني إسرائيل وتقسيم أسباطهم وترتيب منازلهم حسب أسباطهم.

---

(1) الوصايا العشر ويطلق عليها Décalogue وهي كلمة يونانية تعني الكلمات (Logos) العشر (déca)، ووردت في سفر الخروج وهي:
«أنا الرب إلهك الذي أخرجك من أرض مصر، من أرض العبودية».
1 - «لا يكن لك آلهة أخرى أمامي، لا تصنع تمثالاً منحوتاً ولا صورة ما، مما في السماء من فوق، وما في الأرض من تحت، وما في الماء من تحت الأرض، ولا تسجد لهنّ ولا تعبدهن، لأني أنا الرب إلهك إله غيور».
2 - «أفتقد ذنوب الآباء في الأبناء، في الجيل الثالث والرابع من مبغضي، وأصنع إحساناً إلى الوف من محبي وحافظي وصاياي»
3 - «لا تنطق باسم الرب إلهك باطلاً، لأن الرب لا يبرئ من نطق باسمه باطلاً».
4 - «أذكر يوم السبت لتقدسه، ستة أيام تعمل وتصنع جميع عملك، وأما اليوم السابع ففيه سبت للرب إلهك، لا تصنع عملاً ما، أنت وابنك وابنتك وعبدك وأمتك وبهيمتك ونزيلك الذي داخل أبوابك، لأن في ستة أيام صنع الرب السماء والأرض والبحر وكل ما فيها، واستراح في اليوم السابع، لذلك بارك الرب يوم السبت وقدّسه».
5 - «أكرم أباك وأمك لكي تطول أيامك على الأرض التي يعطيك الرب إلهك».
6 - لا تقتل.
7 - لا تزنِ.
8 - لا تسرق.
9 - لا تشهد على قريبك شهادة زور.
10 - لا تشته بيت قريبك ولا عبده ولا أمته ولا ثوره ولا حماره ولا شيئاً مما لقريبك.
أنظر بالتفصيل: الأستاذ محمد عزة دروزه: تاريخ بني إسرائيل من أسفارهم، ص 65 وما بعدها.
أنظر أيضاً الدكتور عبد السلام الترمانيني: تاريخ النظم والشرائع، المرجع السابق ص 223.
أنظر أيضاً قصة الحضارة، المرجع السابق، المجلد الأول - الجزء الثاني، ص 371 وما بعدها.

5 ـ سفر التثنية: ويتألف من أربعة وثلاثين إصحاحاً، ويتضمن بعض ما ورد في الأحكام السابقة، وعن التنظيم السياسي والقانوني في العصور التالية لموسى.

وقد ترجم العهد القديم إلى اللغة اليونانية في عهد البطالمة فأصابت نصوصه بعض التعديلات.

وأهم ما تضمنته أحكام التوراة الوصايا العشر التي نزلت على موسى في جبل طور سيناء وقد وردت في سفر الخروج وسفر التثنية، ثم وضع في عهد الملك (يوشع) تقنين العهد (Code D'Alliance)وهو أول تقنين للعادات والتقاليد، وقد ورد في سفر الخروج بعد الوصايا العشر، وتضمن بعض الأحكام المتعلقة بأمور العبادات ونظام الزواج والرقيق وبعض العقوبات.

وقد اعتبر كتاب الشريعة (Livre de la loi) تتمة لتقنين العهد واحتوى سفر التثنية أحكام هذا الكتاب، ويبدو أنه يعبر عن فكرة الإصلاح التي نادى بها أنبياء بني إسرائيل في القرن الثامن قبل الميلاد، فوضع نظاماً للعبادة وأدخل بعض التعديلات على نظام الأسرة.

ثم ظهر التقنين الكهنوتي (Code Sacerdotal) على أثر الإصلاح الديني الذي نادى به (عزرا Esdra) و(نحميا Nehemie) في القرن الخامس قبل الميلاد. وتضمن بعض الأحكام المتعلقة بالطقوس الدينية، والطهارة والنجاسة، واحتفظت بعض الأسفار ببعض هذه النصوص[1]، ويعتبر هذا التقنين نموذجاً لتطور الأنظمة الموسوية، وخاصة منذ بناء هيكل سليمان في القرن العاشر قبل الميلاد[2].

- الأسفار التاريخية: وتتألف من اثني عشر سفراً، تتحدث عن تاريخ بني إسرائيل بعد خروجهم من مصر وهجرتهم إلى أرض كنعان.
- أسفار الأناشيد: وتتألف من خمسة أسفار، تتضمن المواعظ والأناشيد.
- أسفار الأنبياء: وتتألف من سبعة عشر سفراً للأنبياء الذين جاؤوا بعد موسى وهارون.

---

(1) سفر الأحبار: الاصحاح 16 ـ 17، وسفر العدد: الاصحاح 10 ـ 15.

(2) من مقدمة العهد العتيق: الكتاب المقدس، المطبعة الكاثوليكية ـ بيروت.

وترجع بعض هذه الأسفار في تاريخها إلى فترة الأسر البابلي، والبعض الآخر يرجع إلى ما بعد العودة من الأسر في القرنين السادس والخامس قبل الميلاد.

(التلمود)

لقد رأينا أن أسفار العهد القديم احتوت على بعض الأحكام القانونية وقد وردت هذه الأحكام متناثرة في أسفار التوراة الخمسة، أما الأسفار الأخرى فقد اشتملت على مبادئ دينية وأخلاقية وقصص تاريخية ومواعظ مختلفة.

وبعد ظهور الديانة المسيحية، حاول اليهود التوفيق بين نصوص القانون القديمة وبين حاجات العصر المتطورة، وكان الهدف من ذلك الحفاظ على وحدتهم الدينية والفكرية بعد التشتت الذي أصابهم، لذلك فقد لجأ أحد الأحبار في مستهلّ القرن الثالث للميلاد إلى جمع وتنسيق نصوص التوراة وما وضع لها من تفسيرات فقهية وقضائية في كتاب عرف باسم (الميشنا Mishna)[1].

وقد وضعت الشروحات على كتاب الميشنا وكان أهمها شرح أحبار بابل وشرح أحبار أورشليم، وسميت هذه الشروح باسم (الجيمارة Guémara)، وقد أطلق على (الميشنا) و(الجيمارة) اسم التلمود[2]. وقد نتج عن هذه الشروحات وجود تلمودين، تلمود أورشليم وتلمود بابل، وكان هذا الأخير أكثر وضوحاً من الأول.

وأكثر اليهود يضعون التلمود في منزلة التوراة، لأن أقوال الأحبار هي أقوال الله الحي[3]، فإذا ما خالف أحد اليهود شريعة موسى فقد يغفر له، أما إذا خالف التلمود فإنه يستحق القتل[4].

---

(1) كلمة (الميشنا) تعني المثنى أو المكرر، وتعني أن ما ورد في هذا الكتاب هو تكرار لشريعة موسى، ويرى البعض الآخر أنها تعني السنة التي سنّها موسى.

(2) التلمود تعني باللغة العبرانية الدراسة (Etude).

(3) André Chouraqui: Histoire du Judaïsme; Paris 1936 - P.P. 40 - 41.

(4) الأستاذ أحمد شلبي: مقارنة الأديان (اليهودية) القاهرة 1966، ص 245.

وهنالك فئة قليلة من اليهود لا تعترف بالتلمود ولا بشروحاته، ولكن تكتفي بالأخذ بنصوص التوراة، وقد عرف هؤلاء باسم «القرائين» أي الذين يعتمدون على قراءة النصوص[1].

ب ـ أهم المدوّنات الغربية القديمة

تمهيد

تعتبر الحضارة اليونانية من أقدم الحضارات في الغرب، وقد ظهرت القوانين عند اليونان في وقت لاحق لظهورها في المجتمعات الشرقية، وقد صدرت عدة مدوّنات منذ سنة 700ق.م.، وكان أهمها قانون دراكون Dracon، وقانون صولون Solon ثم صدرت في روما قوانين كثيرة وكان أقدمها قانون الألواح الاثني عشر في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد، ثم تبعتها قوانين لاحقة كان أهمها مجموعات جستنيان في القرن السادس بعد الميلاد، وصدرت أيضاً مدوّنات كثيرة عن طريق الممالك التي قامت في غرب أوروبا (مملكة القوط الغربيين، ومملكة القوط الشرقيين)، وعن طريق بعض القبائل كالقبائل الجرمانية التي استوطنت انجلترا وكوّنت عدة ممالك أشهرها مملكة كنت (Kent).

وسنقتصر في هذه الدراسة على الاطلاع على أهم المدونات القديمة في الغرب فنشير إلى قانون دراكون، وقانون صولون، وقانون الألواح الاثني عشر، ومجموعات جستنيان، على أننا سنشير إلى القوانين الرومانية في الموضع المناسب من هذه الدراسة.

1 ـ قانون دراكون Code de Dracon

أسباب وتاريخ صدوره[2]

صدرت مجموعة دراكون حوالى عام 621 ق.م. على يد حاكم مدينة أتينا دراكون بعد زوال العهد الملكي فيها، وقد جاءت أحكامه متأثرة بالقواعد

---

(1) الأستاذ أحمد شلبي: المرجع السابق، ص 201.

(2) أنظر قصة الحضارة: ترجمة محمد بدران مجلد 2 ـ جزء 1، ص 207 وما بعدها.

الدينية، واتّصفت بالشدة في تطبيق العقوبات حتى بالنسبة للجرائم التافهة.

أما أسباب صدوره فترجع إلى مطالبة طبقة العامة بتدوين التقاليد العرفية السائدة، حتى تتمكن هذه الطبقة من الاطلاع على أحكام القانون الذي كان حكراً على طبقة الأشراف.

ورغم أن القانون صدر في ظل صراع شديد بين طبقة الأشراف وطبقة العامة، فإن أحكامه جاءت مخيّبة لآمال الطبقة الأخيرة لما إتصف به من قسوة في أحكامه وبما اقتصر عليه من صياغة التقاليد القديمة دون تغييرها أو تطويرها، كذلك فقد إعترض عليه الأشراف، رغم أن الحاكم دراكون كان ينتمي إلى هذه الطبقة الأخيرة، وقد جاءت قوانينه أكثر إنسجاماً مع آمال طبقة الأشراف ومصالحها.

خصائص قانون دراكون

رغم أن دراكون كان يهدف في الأساس إلى إشراك طبقة العامة إلى جانب الأقلية الأرستقراطية من أشراف ورجال أعمال في السلطة، ونشر قواعد القانون لتطبق على الجميع بدون تمييز، فإن قوانينه لم تخفف من وطأة التقاليد والأعراف التي كان يشكو الناس من قسوتها وإجحافها بحقوقهم، وبقي حق تفسير القانون بيد طبقة الأشراف حتى تستطيع الاحتفاظ بامتيازاتها ومصالحها الخاصة.

ومن الملاحظ أنه رغم إنفصال القانون عن الدين، بحيث أن مجموعة دراكون لم تتضمن أية نصوص منقولة عن الأحكام الدينية، فإن الفقرات الأولى في المجموعة نصّت على تمجيد آلهة البلاد وأبطالها دون الخروج على الشعائر التي اتبعها الأسلاف. وهذا يعني أن هذا التمجيد للآلهة كان يعتبر من المسالك التقليدية لإثبات الاحترام ولو من الناحية الشكلية للديانة[1].

وقد حقّق قانون دراكون إحلال القانون محلّ الانتقام والثأر الذي كان يسبب الحروب المتواصلة بين الأسر، وجعل للدولة الحق في توقيع العقوبة على الأفراد، كما قضى على حالة القضاء الخاص الذي كان يتولاه أرباب

(1) الدكتور هشام علي صادق: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ـ الدار الجامعية بيروت 1982، ص 220.

الأسر للفصل في الجرائم، وجعل أمر النظر في جرائم القتل لمجلس الشيوخ.

وقد احتوت المدونة بشكل أساسي على الكثير من العادات والتقاليد العرفية التي كانت سائدة من قبل، وجرى إعادة صياغتها بشكل لا يقبل التأويل، كما أدخلت بعض التعديلات عليها بتحقيق نوع من المساواة بين الناس عن طريق وحدة القانون ووحدة القضاء المختص بنظر منازعاتهم.

ورغم الشدة التي اتّصفت بها أحكام قانون دراكون وصدورها من حاكم منفرد فإنها كانت الخطوة الأولى التي مهّدت الطريق نحو الديمقراطية اليونانية القديمة عن طريق حصر القضاء في الدولة وتقوية نفوذها وسلطانها على حساب سلطة أرباب الأسر ورؤساء العشائر[1].

2 ـ قانون صولون Code de Soolon

أسباب وتاريخ صدوره

صدر قانون صولون على يد حاكم أثينا عام 594 قبل الميلاد، أي بعد مرور عشرين سنة تقريباً على صدور قانون دراكون.

أما أسباب صدوره فترجع إلى محاولة إصلاح الفساد وإزالة الظلم عن طبقة الزرّاع والفلاحين بعدما عجز قانون دراكون عن تحقيق هذه الاصلاحات، فقد بقيت طبقة الأشراف بشكل أساسي قابضة على أمور الحكم وعلى أمور الثروة في البلاد.

وقد منح الحاكم صولون سلطة مطلقة للإصلاح ورفع الظلم عن الطبقة العامة، وقد وضع قوانيه ونشرها في الساحة العامة على منشورات خشبية لكي يتمكن الناس من الاطلاع عليها، وقد عرفت بقوانين صولون[2].

ولقد اعتبرت هذه القوانين مكمّلة للإصلاح الاجتماعي الذي باشر به

---

(1) Decugis: Les étapes du droit, Paris 1942, T. 2; p. 81.

(2) وفي سنة 572 ق.م. اعتزل صولون الحكم بعد أن أخذ العهد على أثينا بأن تطبع قوانينه بلا تغيير وتبديل مدة عشر سنوات، وسافر إلى مصر بعد تركه الحكم لكي يطلع على حضارتها ويتزود من علمائها.

أنظر: Decugis: Op. Cit. T. 1. p.p. 184- 370.

حاكم أثينا السابق دراكون، وقد تولّى صولون السلطة بنفس الطريقة التي تولاها دراكون، أي عن طريق تأييد الشعب له رغم أنه كان ينتمي إلى طبقة الأشراف.

ولقد أدخل صولون في قوانينه مبادئ جديدة تتلاءم مع تطور المجتمع، وتبتعد عن الصبغة الدينية، كما خفّف من ناحية أخرى من شدة الأحكام السابقة، وبذلك جاءت أكثر مرونة وعدالة من قانون دراكون[1].

مضمون قانون صولون

لم يصدر قانون صولون باسم الآلهة، ولم يتعرّض للأحكام الدينية، بل أتى بأحكام مدنية بعيدة كل البعد عن الطابع الديني. كذلك فإن هذا القانون ألغى التفرقة بين الطبقات فجاءت القوانين موحّدة بالنسبة للجميع، وأصبح لطبقة العامة حق الاشتراك في منصب الحكم وعضوية مجلس الشعب[2].

وأهم ما تضمنه قانون صولون من أحكام تتعلق بإلغاء الديون القديمة التي أدّت إلى استرقاق المدينين المعسرين، كما حرمت التنفيذ على جسم المدين وأصبحت ذمته الضمان لسداد ما عليه من ديون[3]، ومن ناحية أخرى فقد حدّد القانون سعر الفائدة في الديون وحرّم الربا الفاحش.

وفي مجال السلطة الأبوية فقد خفّف قانون صولون من آثارها، فحرم قتل الأبناء وبيعهم، واعترف للابن بحق التحرر من السلطة الأبوية متى بلغ سناً معينة، كما ألغى القاعدة القديمة التي كانت تقضي بحصر الإرث في الإبن الأكبر، وجعل التركة توزع بين الأبناء الذكور، وإذا لم يترك المتوفي أبناء آلت التركة إلى أقرب العصبات، وقد خفّف القانون من حدّة هذه القاعدة وألزم الوارث بالزواج من بنت المتوفي.

وقد أجاز القانون للشخص أن يوصي بما له إذا لم يكن له أولاد، وإذا

(1) أنظر بالتفصيل: قصة الحضارة، المرجع السابق، مجلد 2 جزء 1، ص 209 ـ 220.

(2) ولم تكن المساواة كاملة بين الطبقات لأن قانون صولون قسم سكان البلاد على أساس الثروة، وحدد تولي المناصب على أساسها، لذلك لم يرض عنه فقراء العامة وفقراء الأشراف أيضاً.

(3) Jean Gaudemet: Institutions de l'antiquité, Paris 1967, p.p. 153- 154.

مات الوالد ولم يترك وارثاً من صلبه سوى ابنته يرثه أقرب العصبة ويتزوج البنت[1].

وبوجه عام فقد أتت العقوبات في قانون صولون أقل قسوة من التي وردت في قانون دراكون.

ولم يشتمل قانون صولون على كل التقاليد العرفية التي كانت سائدة في ذلك العصر، فلم تدوّن الأعراف المتعلقة ببعض فروع القانون، كقواعد المعاملات التجارية والقواعد الخاصة بالإجراءات القضائية، باعتبار أن الأحكام السابقة كانت متداولة على نحو مطرد ومستقر ولم يحدث أي خلاف بشأنها.

ولقد ترتب على الإصلاحات السابقة أن تحسنت حال الفلاحين في الريف، ونمت تبعاً لذلك الملكيات الصغيرة، كما تحسنت حالة الطبقة المتوسطة في المدن وازدهرت التجارة وانتعشت طبقة الصنّاع مما ساعد على تدعيم النظام الديمقراطي في أثينا.

ثالثاً ـ معالم تطور النظم القانونية في لبنان

1 ـ في العهود القديمة

يمكن القول أن التنظيم القانوني في مراحله الأولى إعتمد بشكل أساسي على الاعراف عند كافة الشعوب، ويمكن أن نلحظ مثل هذا التنظيم بصورة واضحة عند الفينيقيين وقد طغى على حضارتهم الطابع التجاري من خلال انتشار سفنهم في البحر، وقامت مدنهم على أساس منعزل عن بعضها البعض، وتنوّعت المعاملات عندهم التي دلّت على مدى التطور الذي توصلوا اليه في هذا الحقل، وأسسوا مستعمرات عديدة على سواحل المغرب ومنها قرطاجة عام 814 ق.م. ولعبوا دور الوسطاء من الناحية الفكرية والروحية كما من الناحية التجارية[2].

---

(1) قصة الحضارة: المرجع السابق، مجلد 2 جزء 1، ص 215.
وفوستيل دي كولانج، المدينة العتيقة، طبعة 1972، ص 426.

(2) أنظر بتفصيل: د. فيليب حتي: تاريخ سوريا ولبنان وفلسطين، ترجمة د. جورج حداد ـ عبد الكريم رافق، دار الثقافة بيروت 1982 ـ جـ 2 ـ ص 117 ـ 118.

أما المجتمع الفينيقي فقام على طبقتين، الأحرار والعبيد، وقد راج الرقيق في السوق التجارية، وكان الأحرار كذلك على درجات ومنهم الكهنة الذين لعبوا دوراً هاماً في المجتمع السياسي بسبب مركزهم الديني والدنيوي والاقتصادي.

وساد في المدن الفينيقية النظام الملكي وقام التنظيم الاداري الداخلي على أساس أن يتولى الملك الاشراف عليه بمعاونة الكتبة.

ومن السائغ القول أن المجتمع الفينيقي يعتبر مهداً لظهور بعض القوانين، التي نظمت المعاملات في الداخل والخارج، ونظّم بصورة خاصة أحكام عقد البيع الذي كان يتم شفاهة أو كتابةً وكان يختم بخاتم خاص وبحضور شهود على إجراءاته، ولكن يستغنى عن الشهود إذا أجرى العقد أمام السلطات الرسمية، وكان توقيع ممثل الملك كافياً وهو يكسب العقد بالاضافة إلى قوة الاثبات قوة من حيث التنفيذ، كما عرف عندهم أيضاً مبدأ الكفالة خاصة في عقد الايجار والعارية[1].

وزال استقلال المدن الفينيقية في القرن التاسع قبل الميلاد بفتوحات متتالية على يد الاشوريين والبابليين ثم الفرس ثم تلاها الفتح اليوناني وبعده الفتح الروماني الذي دام قروناً طويلة من الزمن بما في ذلك العهد البيزنطي، وقد سادت تبعاً لذلك قوانين وأنظمة الشعوب التي أخضعت لسيطرتها سكان هذه المنطقة الذين أصبحوا مزيجاً من شعوب مختلفة من بينها الآراميين وقد أصبحوا مع الفينيقيين يعرفون باسم السريان، ومنهم بعض العناصر اليونانية والرومانية والأرمن التي انتشرت في المدن اللبنانية.

وجاء الفتح الاسلامي سنة 634 بعد الميلاد، وانتشر المسلمون داخل البلاد بعد نزوح البيزنطيين وفئة كبيرة من السريان، وانتشرت نتيجة لذلك الشريعة الاسلامية واللغة العربية، وقد منح الخلفاء المسلمون الطائفة المسيحية وضعاً خاصاً في الادارة والاقتصاد، واستمر هذا الوضع حتى الفتح العثماني سنة 1516 م.

(1) الدكتور بطرس ديب: محاضرات في تاريخ النظم والمذاهب، كلية الحقوق والعلوم السياسية بيروت 1964 ـ 1965، ص 14.

2 ـ في العهد العثماني

تميّز العهد العثماني بحلول اللغة التركية محل اللغة العربية كلغة رسمية، وانفتح العثمانيون على الغرب وبشكل خاص على فرنسا وقد ترتب على ذلك تأثر السياسة العامة بهذا الانفتاح وخضوع لبنان للامتيازات الأجنبية والمحاكم القنصلية.

وقام التنظيم القانوني في بداية العهد العثماني على أساس تطبيق العادات والتقاليد المستمدة من الشريعة اللاتينية بالنسبة للمسيحيين، وتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية على المسلمين، وبقي القضاء في جبل لبنان بيد رجال الدين ثم انتقلت سلطاته إلى الامراء الذين كانوا يفصلون في القضايا بأنفسهم أو ممن يعين من قبلهم للقيام بهذه المهمة من رجال دين أو مدنيين، أما القضايا الجزائية فبقيت من إختصاص الامراء وحدهم لأنها كانت تعبّر عن مظاهر سيادتهم.

وإذا كان عهد الامارة قد تميز بسلطات شبه مستقلة للأمراء فقد بقي خاضعاً لضغوط الدولة العثمانية بصورة غير مباشرة، وعقب انسحاب القوات المصرية من بلاد الشام رأى الباب العالي الفرصة مواتية لفرض سلطته المباشرة على اللبنانيين، فأعلن خلع بشير الثالث سنة 1842 وعين ضابطاً عثمانياً من أصل نمساوي حاكماً على الجبل رفض من قبل المسيحيين، وأعلنوا بأنهم لا يرضون إلا بأمير وطني مسيحي، ولاعتبارات تتعلق بكل من فرنسا وبريطانيا فقد كانتا ضدّ عودة الحكم العثماني المباشر إلى لبنان، ولم يتم عمر باشا النمساوي سنة في حكم الجبل حتى أقرّ نظام القائمقاميتين في أواخر تلك السنة[1].

ولم يكن من شأن التغيير السابق أن يخفّف من حدّة المشاكل الطائفية، فوضعت سنة 1845 ترتيبات جديدة (ترتيبات شكيب أفندي)، وأقيمت مجالس ادارة إلى جانب القائمقام وانتهى عهد القضاء الاقطاعي، وأعطي القائمقام ومجالسهما جميع الصلاحيات الداخلية والادارية والقضائية والمالية، رغم ذلك فقد بقيت الاضطرابات الداخلية تظهر من حين إلى

(1) الدكتور ملحم قربان: تاريخ لبنان السياسي الحديث ـ جـ 1 ـ بيروت مجد 1981 ص 76 و77.

آخر، وكان نتيجتها ولادة نظام المتصرفية سنة 1861[1].

وقد وضع هذا النظام الأخير مبدأ المساواة أمام القانون والغاء كل الامتيازات الاقطاعية، وجعل قاضي صلح لكل طائفة في كل ناحية ومجلس قضائي في كل مقاطعة يؤلف من مختلف الطوائف، وفي القضايا الجزائية ينظر قضاة الصلح في المخالفات، وتنظر المحاكم الابتدائية في الجنح، وينظر مجلس المحاكمة الكبير في الجنايات، وتنظر محكمة بيروت التجارية في الدعاوى التجارية[2].

ويتعين الاشارة إلى أن المحاكم غير الاسلامية تمتعت باستقلال وأحكام خاصة في كثير من مسائل الأحوال الشخصية لا سيما مسائل الاسرة، كالزواج والفرقة وما يتفرع عنهما، بينما المحاكم الشرعية الاسلامية اعتبر اختصاصها شاملاً لأنها تعتبر جزءاً من التنظيم القضائي، وهكذا كانت تنظر ببعض المسائل المتعلقة بتحرير التركات عند المسيحيين إذا طلب ذلك أحد الورثة وفاقاً للارادة السّنية الصادرة سنة 1861.

ومن الملاحظ أن الدولة العثمانية وضعت بعض التقنينات على غرار التقنينات الغربية، تقنين التجارة العام سنة 1850، وتقنين الجزاء سنة 1858، وتقنين التجارة البحرية سنة 1863، وتقنين أصول المحاكمات الحقوقية سنة 1880، وتقنين أصول المحاكمات الجزائية سنة 1897.

وهنالك تقنينات أخرى وضعت على أساس أحكام الشريعة الاسلامية، وتناولت بصفة بارزة التقنين المدني عبر مجلة الأحكام العدلية سنة 1869، وقانون حقوق العائلة الصادر عام 1917 والذي عرض لأحكام الزواج والفرقة بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين.

وقد بقيت هذه الأنظمة القانونية سارية مع بعض التعديلات الجزئية حتى انهيار الدولة العثمانية إثر الحرب العالمية الأولى التي انطلقت شرارتها سنة

---

(1) يقوم النظام على أساس أن يتولى إدارة جبل لبنان متصرّف مسيحي ينصبه الباب العالي ويكون مرجعه اليه، وينبغي أن يكون للجبل كله مجلس إدارة كبيرة يؤلف من اثني عشر عضواً وهم: مارونيان، درزيان، واثنان من الروم الأرثوذكس، واثنان من المتاولة، واثنان من المسلمين (المواد الأولى والثانية من نظام المتصرفية).

(2) المواد 6، 7، 8، 9 و10 من نظام المتصرفية.

1914 وترتّب عليها خضوع الدول العربية للانتدابين الفرنسي والانجليزي.

3 ـ في عهد الانتداب

بتاريخ 28 حزيران سنة 1919 نشر مؤتمر الصلح معاهدة فرساي وفيها ميثاق عصبة الأمم الذي أقرّ مبدأ الانتداب على الدول العربية، وكان نصيب لبنان الخضوع للانتداب الفرنسي وقد شرّعت قوانينه متأثراً بأحكام القوانين الفرنسية والأوروبية.

تولّت فرنسا خلال هذه الفترة تنظيم القضاء ورعاية مصالح الأجانب وحقوقهم، وأنشأت المحكمة العليا لتحل محل محكمة التمييز العثمانية، وبقيت المحاكم الصلحية والبدائية ومحكمة الاستئناف على حالها، كما بقي الوضع على ما هو عليه بالنسبة للأجانب الذين كانوا يتمتّعون ببعض الامتيازات التي منحت لهم من سلاطين الدولة العثمانية وأقرتها المعاهدات الدولية.

وقد أنشئت المحاكم في لبنان وشكّلت من قضاة لبنانيين وفرنسيين، ونظراً لبعض الصعوبات خاصة فيما يتعلق باستعمال اللغة العربية واللغة الفرنسية كلغتين رسميتين وتضارب الآراء في موضوع الأحكام، فقد ألغي هذا النظام سنة 1928، وأنشئت المحاكم المختلطة التي أصبحت مختصّة في كل دعوى تتوفر فيها مصلحة أجنبية، وكانت هذه المحاكم تتألف من رئيس وقاضي فرنسيين وقاضي لبناني وهي مستقلة عن المحاكم الوطنية.

واستمر الوضع السابق حتى أواخر سنة 1945 حيث زالت آثار الامتيازات الأجنبية في لبنان وألغيت المحاكم المختلطة بقانون 31 كانون الأول سنة 1946 وأصبح القضاء اللبناني مستقلاً، وينظر القضاة اللبنانيون في جميع الدعاوى، أما دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بالأجانب فقد بقيت من اختصاص المحاكم المدنية إذا كانت تتعلق بالأجانب التابعين لبلاد تخضع فيها الأحوال الشخصية للقانون المدني وإلاّ تخضع لمحاكم الأحوال الشخصية الخاصة(1).

---

(1) الدكتور صبحي محمصاني: الأوضاع التشريعية في الدول العربية، بيروت 1965، ص 284 ـ 285.

(2) القرار رقم 452 الصادر بتاريخ 17 حزيران سنة 1919.

وقد عدّل التنظيم القضائي أكثر من مرّة في عهد الانتداب الفرنسي وكان أبرزها تعديل 13 آذار سنة 1936، الذي أقرّ نظام الطوائف الدينية وتعيينها وحريّتها في تنظيم محاكمها وترتيب شرائعها.

4 ـ في عهد الاستقلال

لقد تأثر التنظيم القانوني في لبنان بعد الاستقلال بصورة كبيرة بالتنظيم والأحكام القانونية التي وضعتها السلطة الفرنسية المنتدبة، وجاءت كنموذج من التشريعات الفرنسية بشكل عام، وقد شمل هذا التأثير مختلف القوانين باستثناء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية وطرأت عليها تعديلات متلاحقة، وما زالت عرضة لهذا الأمر خاصة وأنها أصيبت بالجمود خلال فترة طويلة بسبب الاحداث التي اندلعت شرارتها عام 1975.

من أبرز القوانين التي صدرت قانون الملكية الذي نظمت من خلاله أعمال التحديد والتحرير وأنشئ نظام السجل العقاري[1]، وقانون الموجبات والعقود الذي ألغى أحكام المجلّة وغيرها من القوانين العثمانية التي لا تتّفق مع نصوصه[2]، وقانون أصول المحاكمات المدنية[3] الذي ألغى قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني وقانون الاجراء وحلّ محله القانون الجديد الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 90 لسنة 1983.

كما صدر قانون التجارة الذي نشر في 7 نيسان سنة 1943، وقد تعدلت بعض أحكامه، وألغى قانون التجارة العثماني والقوانين المتعلقة بالشيك والشركات المساهمة والمعاملات الافلاسية.

ثم صدر قانون العقوبات في 27 تشرين الأول سنة 1943 وعمل به ابتداء من أول تشرين الأول سنة 1944، وحلّ محل قانون الجزاء العثماني، وقد

---

(1) أنظر القرارات 186 إلى 189 الصادرة في 15 آذار 1926 والقوانين اللاحقة عليها وأهمها قانون 7 ك[2] سنة 1954، وقانون رقم 40 لسنة 1963، وقانون رقم 16 لسنة 1982 المتعلق بإزالة الشيوع في العقارات.

(2) عمل بهذا القانون بتاريخ 11 ت[1] 1934، وقد عدّل أكثر من مرّة أبرزها بقانون 27 أيار 1937، وقانون 3 ك[1] 1946، المتعلق بعقد الضمان، وقانون 21 ك[1] 1954 المتعلق بقسمة الأموال المشتركة، والقانون الصادر بمرسوم 27 آذار سنة 1963، المتعلق بامتياز الأموال المنقولة.

(3) صدر في أول شباط سنة 1933 وطبق بتاريخ 11 تشرين الأول سنة 1934.

عدل أكثر من مرّة[1].

كما صدر قانون أصول المحاكمات الجزائية في 18 أيلول سنة 1948 الذي نظم أصول الملاحقة والمحاكمة أمام المحاكم الجزائية، وقد تعدلت قواعده أكثر من مرّة وأهمها بالقانون الصادر في 15 أيار سنة 1950، وقانون 16 تشرين الأول سنة 1961 (التنظيم القضائي).

كذلك صدر قانون التجارة البحرية في 18 شباط 1947، وصدرت قوانين أخرى متفرقة أهمها قانون العقوبات العسكري في 12 ك2 1946، وقانون العمل في 23 أيلول سنة 1946، وقانون الطيران في 11 كانون الثاني سنة 1949.

رابعاً - التفاعل بين القوانين في بلدان حوض البحر الأبيض المتوسط

تمهيد

اكتسبت دراسة تاريخ القوانين أهمية خاصة في العصر الحديث لجهة نشوء الدراسات المقارنة بين الشرائع القديمة التي ترمي إلى استنتاج أوجه الشبه أو الاختلاف فيما بينها ومدى التأثير المتبادل التي تركتها أحكامها في التشريعات القديمة أو الحديثة على وجه سواء.

وقد اعتبر البعض أن القانون الروماني يعتبر الأساس المثالي بل الوحيد لدراسة الثقافة القانونية وتطوّرها، وقد ساد هذا الاتجاه حقبات طويلة من الزمن حتى برزت الاكتشافات التي دلّت على اتجاه آخر يرى بتأثر القانون الروماني بالقوانين الشرقية التي سبقته أو عاصرته.

والواقع أن شعوب البحر الأبيض المتوسط شهدت في بعض المراحل التاريخية نظماً اجتماعية وقانونية متشابهة أو متقاربة مما أثار تساؤلات لدى بعض الباحثين حول مدى العلاقة بين القوانين القديمة والقانون الروماني من

(1) أبرز هذه التعديلات، تعديل 5 شباط سنة 1948، وتعديل 24 أيار سنة 1949، وتعديل 10 كانون الأول سنة 1960، والتعديل الوارد بالمرسوم الاشتراعي رقم 112 لسنة 1983.

جهة وبين هذا الأخير والشريعة الإسلامية من جهة أخرى[1].

(أ) القانون الروماني والشرائع الشرقية:

عوامل التفاعل:

أدّت الحرية الفكرية في عصر النهضة إلى دراسة معمّقة للكتاب المقدس بعهديه القديم والحديث ونتج عنها معرفة شاملة للشريعة اليهودية، وقد انتقلت تلك الأبحاث من نطاق القانون الكنسي إلى نطاق القانون المدني لتشمل كذلك بعض النصوص المتعلقة بالشريعة الإسلامية وأخرى أقل شأناً بالنسبة للحضارة المصرية والبابلية والفارسية التي ورد ذكرها في الكتاب المقدّس أو في كتب الإغريق والرومان، وبذلك بدأت مجالات الدراسات الفقهية والتاريخية تستوعب القانون الروماني والكنسي إلى جانب القوانين الإغريقية والقوانين الشرقية.

ولقد كانت لفكرة القانون الطبيعي التي ترجع بجذورها إلى الثقافة الإغريقية والتي ازدهرت عبر مدرسة القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر التأثير الفاعل على الدراسات المقارنة لمختلف الشرائع القديمة واستخلاص العناصر المشتركة لها، لأنه بحسب تحليلها ترى بأن القانون الطبيعي توصي به الطبيعة وأنه عام وثابت ولا يختلف باختلاف المكان والزمان والأشخاص وبالتالي يتعين بيان القواعد العامة عن طريق إجراء المقارنة فيما بينها.

وكان لحركة الاستشراق في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر دور في التعرّف على الحضارات الشرقية، حيث قام المستشرقون بترجمة العديد من الوثائق والنصوص من اللغات الشرقية القديمة إلى اللغات المعاصرة مما ساعد على إبراز عناصرها الهامة في مجال الدراسات القانونية المقارنة وخاصة بالنسبة لأحكام التشريع الروماني[2].

---

(1) انظر بتفصيل: الدكتور خضر الحمودي: التفاعل القانوني في حوض البحر الأبيض المتوسط، 1995، ص15 وما بعدها.

(2) الدكتور أحمد إبراهيم حسن: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية: الدار الجامعية، بيروت 1995، ص435.

كما لعبت الاكتشافات الأثرية الحديثة التي ألقت الضوء على الحضارات الشرقية القديمة الدور البارز في إعادة النظر في بعض الجوانب والمفاهيم التي سادت في العصور الماضية، وبدأت مرحلة جديدة تعتمد على التحليل العلمي المجرد التي يجعلها تحتل مكانتها التي تستحقها بين الثقافات المتمدّنة.

مجالات التفاعل:

هنالك قوانين شرقية ظهرت قبل القوانين الرومانية وعبّرت عن حضارات لها جذورها في التاريخ البشري، ويمكن أن نذكر في هذا المجال على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر الحضارة المصرية القديمة والحضارة الفارسية واليونانية وحضارة بلاد ما بين النهرين وبلاد الشام، ولا بدّ أن تكون تلك الحضارات قد أثرت في القانون الروماني بعد خضوع الشرق لسيطرة روما، ويمكن ملاحظة هذا التأثير من عدّة أوجه كما يراه البعض.

فقانون الألواح الاثني عشر الذي يعتبر أساس القانون الروماني في العصر القديم تأثر بالقوانين المصرية خاصة بتقنين أمازيس حيث أن البعثة التي أرسلت إلى بلاد اليونان للاطلاع على قانون صولون قامت بوضع قانون الألواح الاثني عشر الذي ضمنته كثيراً من أحكامه وكان صولون حاكم أثينا قد زار مصر واقتبس الكثير من أحكام قانون أمازيس[1].

إضافة إلى ذلك فإن هنالك بعض التطابق بين قانون الألواح الاثني عشر والقوانين المصرية خاصة بالنسبة لنظم الزواج والتبني والالتزامات التعاقدية، والدعاوى، والميراث وعقد البيع، ونظام العتق.

ويرى البعض أنّ القانون الروماني تأثر في مراحله الأولى بالشرائع الشرقية عن طريق الشعوب التي هاجرت من آسيا واستقرّت في أوروبا خاصة في شبه الجزيرة العربية الايطالية[2] ولا بدّ أن تكون قد حملت معها عاداتها وتقاليدها وأثرّت في وضع أحكامه.

---

(1) الدكتور محمود السقا: تاريخ القانون المصري من العصر الفرعوني حتى نهاية العصر الإسلامي، القاهرة 1974، ص400 وما بعدها.

(2) Boufantes: Histoire de droit Romain: Paris 1928, p14 et.s.

كما تعدّدت الدراسات التي تبرز نقاط الالتقاء بين القانون الروماني والشريعة اليهودية، حيث أن الكثير من النظم القانونية ذات الأصل السامي دخلت القانون الروماني عبر الشريعة اليهودية، إلى جانب التأثير الواضح للقانون البابلي على الشريعة اليهودية وبالتالي على التشريع الروماني، وقد تأكد مثل هذا الرأي باكتشاف الكتاب السرياني الروماني سنة 1862 الذي تضمّن إلى جانب النظم القانونية الرومانية الصرفة بعض النظم التي تتطابق مع قانون حمورابي[1].

كما أن كبار فقهاء الرومان في العصر العلمي كانوا ينتمون إلى أصل شرقي ومنهم أولبيان وبول وموديستان، وقد لعبوا دوراً مهماً في تطوير الفقه والتشريع الروماني.

ويجد البعض أن قانون الشعوب الذي ينتمي بجزء كبير منه إلى الشرائع الشرقية قد ساهم في تطوير أحكام القانون الروماني عبر البريتور الذي أدخل أحكام قوانين الشعوب الأجنبية إلى ذلك القانون لما اتصف به من جمود في التطبيق وقصور عن استيعاب الحالات المستجدّة والطارئة.

وهنالك الكثير من نظم القانون الخاص تبنّاها الأمبراطور جستنيان في مجموعاته وهي وليدة الولايات الرومانية الشرقية، كعقد التنازل، وعقد إجارة عمل الأحرار، والوفاء بمقابل، وتجديد الدين بتغيير المحل وأنظمة أخرى استمدها القانون الروماني من الشرائع الشرقية كنظام العربون في عقد البيع، ونظام الرهن الحيازي.

وقد ترتّب على انتشار الديانة المسيحية في المجتمع الروماني والاعتراف الرسمي بها دخول وتأكيد العديد من المبادىء التي تضمنها العهد القديم ضمن تعاليم الكنيسة، وهي مبادىء سامّية صرفة، ويبدو هذا الأمر أكثر وضوحاً في قوانين الأسرة التي حلّت محل القوانين الرومانية التقليدية.

استقلالية القانون الروماني:

رغم ما أثير من آراء حول تأثّر القانون الروماني بالشرائع الشرقية القديمة

---

(1) الدكتور عبد المجيد الحفناوي: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص9.

فهنالك آراء أخرى تنفي مثل هذا التأثير وتنكر أي صلة قائمة بينهما، بل تقرر بأن المقارنة غير جائزة في الأساس لاختلاف النظم القانونية الرومانية في جوهرها عن النظم القانونية الأخرى.

فالقول بتأثر القوانين الرومانية بالنظم القانونية من الولايات الشرقية للامبراطورية لا يستند إلى أساس فالقانون الروماني تطوّر في مراحله المختلفة بتأثيرات البيئة الرومانية حتى أوصله جستنيان إلى غايته الطبيعية، وما يقال عن مدارس للقانون الروماني في الشرق فالأمر لا يتجاوز سوى الدور التعليمي والتثقيفي لوظيفتها.

وذهب البعض إلى أن تأثير القوانين الشرقية كان محدوداً في نطاقه بحيث اقتصر حين انقسام الأمبراطورية الرومانية إلى امبراطورية غربية وأخرى شرقية على هذه الأخيرة خاصة بالنسبة لبعض النظم التي ابتدعتها الكنيسة الشرقية مستلهمة في ذلك القوانين السامّية القديمة، ممّا أدى إلى دخولها إلى القانون الروماني.

كما أن القانون الروماني حتى في العصور القديمة فصل القواعد القانونية عن القواعد الأخلاقية والدين بينما لم تبنِ الشرائع الشرقية حدوداً فاصلة بينهما، فالقاعدة القانونية مصدرها الملك أو الحاكم الذي يستمّد سلطاته من الآلهة ويعبّر عن إرادتها وبالتالي فهي لا تنفصل عن الطابع الديني أو الإلهي.

إضافة إلى ذلك فإن منهج التشريع الروماني يميل إلى التجريد والعمومية بهدف وضع قواعد عامة تنطبق على عدد غير محدّد من الحالات والحوادث، وهذا ينسجم مع الفكر الإغريقي في التحليل ويختلف عن المنهج الافتراضي الذي اتبعتّه الشرائع الشرقية والذي يضع الحلول لاشكالات محدّدة لا يجوز القياس عليها أو استنباط مبادىء عامة بشأنها.

(ب) الشريعة الإسلامية والقانون الروماني:

مجالات التشابه والتأثير:

يذهب رأي إلى القول بتأثر الشريعة الإسلامية بأحكام القانون الروماني من منطلق أن هذا الأخير أسبق في النشأة والتطور وبالتالي لا بدّ أن يؤثر في تلك الحضارة العربية والإسلامية في مراحلها الأولى والنامية، تطبيقاً لقاعدة

تأثر الأضعف بالأقوى والأدنى بالأسمى، وبذلك يقرّر أحد المستشرقين بأن فقهاء المسلمين كان لا يمكنهم بقوانينهم البدائية التي حملوها من الجزيرة العربية سدّ حاجات مجتمعات بلغت درجة بعيدة في المدنيّة كالمجتمع السوري أو العراقي، لذلك سارعوا إلى ابتداع نظام قانوني لمواجهة حاجات المجتمع الجديد معتمدين في ذلك المناهج الرومانية[1].

كما أن هنالك بعض التشابه من الأنظمة القانونية الرومانية والأنظمة الواردة في الشريعة الإسلامية، ولما كان القانون الروماني أسبق في النشأة من الشريعة الإسلامية فهذا يعني تأثر اللاحق بالسابق خاصة وأن المسلمين قد خلفوا الرومان في حكم كثير من البلدان التي ساد فيها القانون الروماني، ونرى مثل هذا التشابه في الأنظمة القانونية المتعلقة بالبينات وسن الرشد وعقود البيع والإجارة.

وبعض المستشرقين يرى أن الشريعة الإسلامية تأثرت بالقانون الروماني عن طريق العادات والأعراف التي كانت سائدة في البلدان التي فتحها المسلمون وكانت تحت السيطرة الرومانية وقد بقيت تلك الأعراف سارية حتى في ظل الحكم الإسلامي طالما أنها لم تتعارض مع مبادىء الشريعة.

وهنالك من يرى بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني عن طريق الثقافة اليهودية التي عاصرت الثقافة العربية في بعض البلدان كمصر وسوريا، فكان من الطبيعي أن تتأثر عادات العرب قبل الإسلام بالشريعة اليهودية، خاصة وأن الإسلام قد أقر بعض الأعراف التي كانت سائدة قبل ظهوره، فكان لا بدّ أن يستمر هذا الأمر حتى بعد ذلك.

وترى وجهة نظر أخرى أن القانون الروماني انتقل إلى الشريعة الإسلامية عبر الثقافة الإغريقية التي تأثر بها الرومان بشكل واضح خاصة عندما انتقلت عاصمة الأمبراطورية الرومانية إلى الشرق، ولقد ترجم القانون الروماني إلى اللغة اليونانية كمجموعة الدساتير الأمبراطورية ومجموعات جستنيان، وقام العرب بترجمة الكتب الإغريقية التي من الطبيعي أن تترك أثرها في الفقه الإسلامي بحسب وجهة النظرهذه.

---

(1) Goldziher: Le Dogme et la loi de L'islam, Paris 1920.

تمايز أحكام الشرية الإسلامية واستقلاليتها:

إن إثبات استقلال الشريعة الإسلامية بأحكامها وقوانينها وتعاليمها لا يحتاج إلى كثير من العناء، والجهد، ويمكن أن نلحظه من خلال الحقائق الآتية:

ـ مصدر الشريعة الإسلامية إلهي وبالتالي فهي ليست من صنع البشر على عكس القوانين الرومانية التي نشأت نشأة عرفية ثم تطورت ونمت من خلال تشريعات وضعتها السلطات المدنية الحاكمة.

وقد ترتّب على اختلاف مصدر وتطور الشريعة الإسلامية اختلاف أحكامها عن غيرها من الشرائع ومنها التشريع الروماني كنظام الأسرة والمواريث والرضّية والتعاقد ونظام الحسبة والقصاص والحدود والتعازير والنظم الإدارية والدستورية[1].

ـ أحكام الشريعة الإسلامية الثابتة بنص القرآن أو السنة أو الإجماع لا تختلف باختلاف المكان والزمان وبالتالي لا يجوز أن يطرأ عليها أي تعديل أو إلغاء أو تحريف، بينما أحكام التشريعات الأخرى ومنها التشريع الروماني خضعت لتغيرات وتعديلات كثيرة خلال العصور المتعاقبة ممّا يدلّ على تمايز جوهري بين النظامين من حيث الثبات والاستمرار وطبيعة القواعد القانونية.

ـ هنالك أنظمة ومبادىء إنسانية قد تتشابه في كل المجتمعات كتحريم السرقة والقتل والزنا وتبنّي مبادىء العدالة والمساواة وحريّة الإرادة في التعاقد، فليس بالضرورة أن يعني هذا الأمر أن التشريعات تستلهمها من بعضها البعض، بل يعني أنها ضرورة لحياة المجتمعات البشرية ولا يختلف مفهومها من جماعة إلى أخرى، وإذا وجدت جوانب تشابه بين بعض الأنظمة في الشريعة الإسلامية والتشريع الروماني فإن ذلك لا يحتّم التأثير المتبادل بينهما، بل قد يعبّر عن قواعد لا تختلف باختلاف الجماعات البشرية وعاداتها وأعرافها.

ـ الاجتهاد في الفقه الإسلامي قام على أساس مبادىء الشريعة الإسلامية وضمن حدودها ومنطلقاتها الكلية وبذلك لا يمكن قبول المنطق الذي يقرّر أن

---

(1) الدكتور زهدي يكن: القانون الروماني والشريعة الإسلامية، ص160 وما بعدها.

بعض أحكام القانون الروماني انتقلت إلى الشريعة الإسلامية عن طريق الترجمات أو عبر الثقافة الإغريقية أو الشريعة اليهودية، لأنّ ذلك لا ينسجم مع الواقع الاجتهادي في الفكر الإسلامي وجوهر ومضمون الأحكام التي نتجت عنه.

القسم الأول

القانون الروماني

تمهيد

تتضمن دراسة القانون الروماني مجموعة القواعد والنظم القانونية التي كانت سائدة في المجتمع الروماني منذ إنشاء مدينة روما عام 754 ق.م. حتى وفاة الإمبراطور جستنيان عام 565 ميلادية. فهذه الدراسة لا تقتصر على عصر دون الآخر، بل تشمل مختلف عصور الدولة الرومانية في سبيل التعرف على كيفية نشوء وتطور وزوال النظم والمبادئ القانونية.

فمن المعلوم أن القانون الروماني ولد قانوناً بدائياً، ليحكم مدينة صغيرة، وما لبث أن أصابه التطور على أثر التغييرات السياسية والاجتماعية والإقتصادية، فامتدّ حكمه إلى الإمبراطورية الرومانية بأسرها التي ضمت أجناساً وحضارات متباينة، وكان لهذا أثره في بلوغ هذا القانون درجة كبيرة من التطور والسمو مكّنته من البقاء والخلود وجعلت منه أساساً لمعظم التشريعات الحديثة.

أهمية دراسة القانون الروماني

تكمن أهمية دراسة القانون الروماني لا باعتباره قانوناً وضعياً مطبقاً بالفعل في بلد من البلدان، بل باعتباره مصدراً تاريخياً لمعظم القوانين الحديثة. فالقانون الفرنسي الصادر سنة 1804 أخذ أحكامه عن القانون الروماني، وكان للقانون الفرنسي الدور الوسيط بين القانون الروماني وقوانين الدول الحديثة. كذلك كان للقانون الروماني أثره في القوانين الجرمانية

والأنظمة السائدة في البلاد الأنجلوسكسونية. ومن هنا ظهرت أهمية دراسة القانون الروماني في مختلف الدول وجعل منه مادة تدرّس في الجامعات والمعاهد في المجال القانوني.

فمن البديهي القول بأن دراسة الشرائع الحديثة حتى يسهل فهمها يقتضي الرجوع إلى أصولها ومصادرها التاريخية لمعرفة كيفية ولادة وتطور النظم القانونية ومدى تأثرها بمختلف العوامل والظروف من اقتصادية وسياسية ودينية وأخلاقية وفكرية.

ويرجع إلى الرومان الفضل في اعتبار القانون علماً قائماً بذاته، ففرقوا بينه وبين قواعد الدين والفلسفة والأخلاق، فهو وإن كان يتأثر بهذه العلوم إلا أنه يختلف عنها من حيث طبيعة قواعده ومجال تطبيقه وطريقة دراسته[1]. كما يرجع إلى الرومان الفضل في وضع الأسس القانونية التي ما زالت أساساً للدراسات الحديثة، فوضعوا التقسيمات والتعريفات القانونية واستنبطوا من الحلول الفردية قواعد عامة مجرّدة وبيّنوا كيفية تكملة النقص الظاهر في القواعد القانونية وسبل تفسيرها حتى تتلاءم مع المتغيرات في المجتمع. لذلك فقد قيل عن الرومان بأنهم خلقوا ليحملوا رسالة القانون إلى العالم[2].

تقسيم

تقوم دراسة القانون الروماني على قاعدتين أساسيتين.

القاعدة الأولى وتتضمن دراسة التطور التاريخي للقانون الروماني من خلال العصور المختلفة للمجتمع الروماني ومصادر التشريع في كل عصر من العصور.

القاعدة الثانية وتشمل دراسة الأحكام والمبادئ التي وردت في القانون الروماني والتطورات اللاحقة التي أصابتها دون النظر إلى مصادرها.

ولما كانت دراسة القانون الروماني تتناول أكثر من جانب، سواء فيما يتعلّق بتاريخ تطور هذا القانون أو فيما يتعلّق بقانون الأشخاص أو قانون

(1) الدكتور صوفي أبو طالب: الوجيز في القانون الروماني: دار النهضة العربية / القاهرة 1965 ص 4 ـ 5.

(2) Ihering: Esprit du droit romain. t. I, p.267.

الأموال أو الحقوق الشخصية أو قانون الدعاوى، فإن هذه الدراسة ستكون مقتصرة على تاريخ تطور القانون الروماني ووسائل تطوره مع الإشارة ولو بشكل مختصر وفي المكان المناسب إلى بعض الأحكام المتعلقة بالأشخاص أو بالأموال أو بالدعاوى.

ويمكن تقسيم الدراسة في هذا المجال إلى بابين:

الباب الأول: ويتضمن دراسة تاريخ تطور القانون الروماني بوجه عام.

الباب الثاني: ويشمل دراسة وسائل تطور القانون الروماني بالمقارنة مع القوانين الانجلوسكسونية.

الباب الأول

تاريخ تطور القانون الروماني

تمهيد

نشأ القانون الروماني في مدينة روما ليحكم ذلك المجتمع الصغير القائم على الاقتصاد الزراعي، وما لبث أن امتد سلطان تلك المدينة على إيطاليا ثم على دول عديدة في الشرق والغرب إلى أن أصبحت امبراطورية واسعة. وكان لا بدّ لهذا التوسع أن يصاحبه تطور في القواعد والنظم القانونية لمجابهة تغيّر الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع الروماني.

لقد انتقل المجتمع الروماني من المجتمع الزراعي إلى المجتمع التجاري، وقامت بين الرومان وبين سكان الامبراطورية علاقات تجارية لم تكن موجودة في السابق، وامتد حكم القانون الروماني إلى بلاد ذات قوانين وعادات مختلفة، مما أدى بالتالي إلى تطويره لإستيعاب هذه العلاقات الجديدة.

بالإضافة إلى ما تقدّم فإن تغيّر نظم الحكم والإدارة من نظام ملكي إلى نظام جمهوري ثمّ إلى نظام الحكم المطلق كان لا بدّ أن ينعكس على تطورات القانون الروماني بصوره السلبية أو الإيجابية التي استلزمتها تلك المتغيرات المتلاحقة التي طرأت على المجتمع في مراحله المتعاقبة.

ولا شك أن الحقبة الزمنية الطويلة التي استمرّت فيها روما في الحياة أدّت إلى وجود عصور مختلفة في تاريخ القانون الروماني. ويمكن أن نميّز بين أربعة عصور مختلفة.

1 ـ العصر الملكي: ويبدأ من تاريخ إنشاء مدينة روما عام 754 ق.م. وينتهي بقيام النظام الجمهوري عام 509 ق.م.

2 ـ عصر القانون القديم: ويبدأ بقيام النظام الجمهوري عام 509 ق.م. وينتهي بصدور قانون إيبوتيا عام 130 ق.م.

3 ـ العصر العلمي: ويبدأ بصدور قانون إيبوتيا وينتهي سنة 284 بعد الميلاد، وهو تاريخ تولي الامبراطور دقلديانوس الحكم.

4ـ عصر الامبراطورية السفلى: ويسمى أيضاً بالعهد البيزنطي ويبدأ عام 284 ميلادية وينتهي بوفاة الإمبراطور جستنيان عام 565 م[1].

ورغم تقسيم العصور على الشكل السابق فإن بعض الفقهاء اعتمدوا تقسيمات أخرى قد لا تتفق مع العصور السياسية[2]، كما أن التقسيم السابق ذكره قد لا يتفق بشكل تام مع مختلف التطورات الاجتماعية والقانونية في المجتمع الروماني، وقد اعتمدناه ليتيسّر الرجوع إلى العصور المختلفة وما يتميّز به كل عصر من خصائص قانونية.

تقسيم:

نقسّم البحث في هذا الباب إلى خمسة فصول:

الفصل الأول: العصر الملكي.

الفصل الثاني: عصر القانون القديم أو العصر الجمهوري.

الفصل الثالث: عصر الامبراطورية العليا أو العصر العلمي.

الفصل الرابع: عصر الامبراطورية السفلى.

الفصل الخامس: مصير القانون الروماني بعد جستنيان.

---

(1) أخذ بهذا التقسيم جيرار: أنظر:

Girard: Manuel élémentaire de droit romain: Paris, 1901.

(2) قسّم بعض الشرّاح عصور الدولة الرومانية إلى ثلاثة عصور، عصر القانون القديم ويشمل العصر الملكي ومعظم العصر الجمهوري، ثم العصر العلمي، وأخيراً عصر الامبراطورية السفلى.

أنظر: الدكتور عبد المنعم البدراوي: تاريخ القانون الروماني، القاهرة 1949، ص 13 ـ 16.

Giffard: Percis de droit Romain, t. I, Paris 1938, p.23.

Huvelin; Cours élémentaire de droit romain t. I, Paris 1927, p. 15.

الفصل الأول

العصر الملكي

(754 ق.م. ـ 509 ق.م.)

تمهيد وتقسيم:

يبدأ هذا العصر بإنشاء مدينة روما وينتهي بقيام النظام الجمهوري عام 509 ق.م. ورغم ذلك فإن هنالك الكثير من الغموض حول كيفية قيام مدينة روما، كما أن بعض المؤرخين ينكرون قيام النظام الملكي. ويهمنا في هذا المجال أن نستعرض في هذا الفصل دراسة العصر الملكي من خلال دراسة:

المبحث الثاني: ونخصصه لدراسة الحالة الاجتماعية والسياسية والفكرية، ودراسة مصادر القانون في هذا العصر.

المبحث الأول

الحالة الاجتماعية والسياسية في العصر الملكي

العشيرة هي الوحدة السياسية السابقة على المدينة

كان الشعب الروماني يتكوّن من عدة عشائر gentes ـ وكانت كل عشيرة تتكوّن من عدة أسر، وينتسب أفراد العشائر إلى أصل مشترك ويرتبطون فيما بينهم برابطة القرابة عن طريق الذكور حتى يصلوا إلى هذا الأصل المشترك وهو مؤسس العشيرة.

وداخل العشيرة كان يوجد إلى جانب أفرادها المرتبطين برابطة القرابة النزلاء Clientes، وهم الأعداء المهزومين أو الأجانب أو الأرقاء الذين

تحرروا، وكان هؤلاء يخضعون للعشيرة طلباً للحماية.

وكانت كل عشيرة تتمتع بالإستقلال عن العشائر الأخرى ولها نظامها الداخلي ومجلسها المكوّن من شيوخ العشيرة ولها ديانتها الخاصة ويدير شؤونها رئيس العشيرة. أما الأسر داخل كل عشيرة فكانت تفنى في ذات العشيرة على الرغم من خضوع أفراد الأسرة لرئيس مشترك هو رب الأسرة.

وبعد الغزو الأتروسكي وتوحيد جميع القرى في مدينة واحدة أصبحت المدينة هي الوحدة السياسية بدلاً من العشيرة، حيث بدأت هذه الأخيرة تضمحل تحت ضغط نفوذ الدولة وسلطانها المتزايد باضطراد.

الحالة الاقتصادية:

كانت العشائر قبل الغزو الاتروسكي، تعتمد أساساً في معيشتها على تربية المواشي، أما بعد خضوع روما للاتروسك، فقد بدأ الرومان الاهتمام بالزراعة التي حلّت تدريجياً محلّ تربية المواشي وأصبحت ثروتهم الأساسية هي الأرض والحيوانات وما يتبع ذلك من الأرقاء الذين يستخدمون في الأرض.

وقد عرف المجتمع الروماني في هذه المرحلة الاقتصاد المغلق، فكانت كل أسرة تعيش بما تملكه من المواشي وما تنتجه من غلال الأرض، ولم تكن تعرف التبادل في الإنتاج إلا نادراً. وكانت العملة السلعية وهي عبارة عن رؤوس المواشي المعتمدة كثمن للتبادل. وفي عهد الملك الاتروسكي سيرفيوس تولليوس اعتمد المعدن كوسيلة للتبادل بمراقبة الدولة[1].

ولم تخرج روما عن هذا الوضع الاقتصادي البدائي المحدود إلا بعد إتساع سلطانها في العهد الجمهوري، أي في القرن الرابع قبل الميلاد حيث اتصلت بقرطاجة عاصمة الفينيقيين وعقدت معها إتفاقات تجارية.

---

(1) الدكتور محمد معروف الدواليبي: الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها (دمشق 1959) ص 166 ـ 167.

الأفكار الدينية:

إعتقد الرومان ببعض الأفكار الدينية كالإعتقاد في الأرواح، وعرفوا نوعين من العبادة: العبادة الخاصة وتتكون من عبادة آلهة المنزل وأرواح الأسلاف، والعبادة العامة، وهي عبادة آلهة المدينة ويشرف عليها الحكام والكهنة. وكانت تتسم هذه الشعائر بصياغة شكلية محددة يترتب على عدم مراعاتها إبطال العبادة كما يلزم إقامتها في أوقات محددة.

وقد نشأت النظم القانونية متأثرة بالأفكار الدينية ولا سيما بالنسبة لنظام التعاقد وإجراءات التقاضي، فقد كان يلزم لكي تنتج آثارها القانونية أن تراعي في ذلك الصياغة والعبارات الشكلية والأيام المحددة للتقاضي وأمكنة إقامتها(1).

أما من ناحية السلطة القائمة على تطبيق وتفسير القانون فهم رجال الدين الذين كانوا يحتكرون معرفة صيغ الدعاوى والأيام التي يجوز فيها التقاضي، ويرأس هؤلاء الحبر الأعظم (Grand Pontife) الذي أصبح في العصر الجمهوري الرئيس الأعلى للديانة الرومانية.

النظام السياسي:

قام النظام السياسي لمدينة روما في العصر الملكي على هيئات ثلاث: الملك، مجلس الشيوخ ومجلس الشعب، ووفقاً لرأي بعض الشرّاح فإن رومولوس مؤسس مدينة روما هو الذي وضع هذا النظام، ولكن الغالبية العظمى من الشرّاح المحدَثين يرون أن هذا النظام لم يعرف في روما إلا بعد غزو الاتروسك في أواخر القرن السابع قبل الميلاد.

1 ـ الملك Rex(2)

كان على رأس المدينة يتولى فيها السلطة لمدى الحياة. ويبدو أن الملك لم يكن ينتخب بواسطة مجلس الشيوخ والشعب، ولم يكن يتولى منصبه عن

(1) الدكتور صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص 106.

(2) أنظر بالتفصيل: J. Gaudemet: Institutions de l'antiquité Paris 1967, p. 269 et. s.

طريق الوراثة، بل كان يتم اختياره عن طريق سلفه، فإذا لم يتم هذا الاختيار فإن التعيين يقوم به عضو من الشيوخ يسمى وسيط الملك Intetrex يقوم مجلس الشيوخ بانتخابه لهذه المهمة.

وكان الملك يتمتع بسلطات غير محددة[1]. فله وحده السلطتان الدينية والزمنية. فباعتباره الرئيس الديني فقد كان يقوم بالعبادة العامة باسم المدينة وكان له حق استلام الأشياء المقدّسة واستشارة الآلهة. وباعتباره الرئيس الأعلى للسلطة الزمنية فقد كان يتولى قيادة الجيش، ويرأس السلطات الإدارية، ويدعو مجلسي الشيوخ والشعب للإنعقاد، ويتولى الجهاز القضائي بإصدار العقوبات بالنسبة للجرائم العامة وهي الجرائم التي تعتبر موجهة ضد المدينة كلها. أما بالنسبة للمنازعات المدنية فيبدو أنه لم يكن للملك إختصاص النظر فيها بل كان الأمر يترك للتحكيم الخاص[2].

2. مجلس الشيوخ Senatus

كان يتكوّن من رؤساء العشائر، لذلك فقد كان عدد أعضائه يزداد بازدياد العشائر المنضمة إلى المدينة حتى وصل إلى ثلاثمائة عضو.

كان لمجلس الشيوخ الصفة الإستشارية، إذ كان الملك يرجع اليه في الأمور الهامة دون أن يكون ملزماً باتباع رأيه. كذلك كان مجلس الشيوخ يختص بالمصادقة على قرارات مجلس الشعب، بحيث لا تعتبر هذه القرارات ملزمة إلا بعد تصديق مجلس الشيوخ عليها.

إلى جانب ما تقدم فقد كان لمجلس الشيوخ مهمة انتخابية، إذ إنه كان يقوم بانتخاب وسيط الملك ليتولى إختيار الملك في حال عدم تعيين الملك خلفاً له.

3. مجلس الشعب Comitium

يتكوّن مجلس الشعب من السكان الأحرار القادرين على حمل السلاح،

---

(1) L.B. Curzon: Roman Law, London, 1966, p.5

(2) الدكتور توفيق حسن فرج: دروس في القانون الروماني، دار النهضة العربية 1965، ص 7.

وكان يطلق عليهم إسم الشعب الروماني، وكانوا ينتظمون ضمن القبائل الثلاث التي تكوّنت منها المدينة[1].

نظمت هذه القبائل بحيث يشترك أفرادها في إدارة شؤون المدينة، فقسمت كل قبيلة إلى عشر وحدات يطلق على كل وحدة إسم Curia.

وهذه الوحدات الثلاثون كانت أساس النظام الديني والسياسي والإداري والحربي. وكان التصويت داخل هذه المجالس يتمّ على أساس الوحدات، ولكل وحدة صوت واحد وهو صوت أغلبية أفرادها، فإذا وافقت على مشروع القرار أغلبية الوحدات الثلاثين كان معنى ذلك أن المجلس وافق عليه.

وكان للمجالس الشعبية إبداء الرأي بالموافقة أو الرفض دون أن يكون لها حق التعديل أو الاقتراح.

والرأي الراجح بين الشرّاح هو أنه لم يكن لهذه المجالس حق التدخل في اختيار الملك وليس لها اختصاص تشريعي بالمعنى الدقيق، بل كان اختصاصها ينحصر إذا ما أريد إدخال تغيير في نظام المدينة أو العشائر. ولهذا كان من اللازم موافقة مجالس الشعب على وصية رب الأسرة التي يخالف بها قواعد الميراث الشرعية، وعلى التبني الذي يخضع فيه رب أسرة مع أفراد أسرته لرب أسرة آخر، كما كانت تلزم موافقة هذه المجالس على دخول عشائر جديدة للمدينة[2].

وقد اقتصرت المجالس الشعبية على طبقة الأشراف، ولم يكن يدخلها العامة الذين كانوا في حماية الملك، كما لم يكن يدخلها النزلاء اللاجئون.

وفي عهد الملك الاتروسكي سرفيوس توليوس Servius Tullius قسّم المدينة إلى قبائل بحيث أصبحت كل قبيلة تشكّل حياً من أحياء روما يدخل فيها العامة والأشراف. وقد تمّ في هذا العهد إنشاء المجالس المئوية Centuries، وهي أيضاً مجالس شعبية ولكنها تختلف عن المجالس السابقة، كون المجالس المئوية تضم طبقتي الأشراف والعامة على عكس المجالس الشعبية السابقة، إلى

(1) وهذه القبائل هي: Ramnes ذات الأصل اللاتيني، وTities ذات الأصل السابيني، وLuceres ذات الأصل الأتروسكي.

(2) الدكتور محمد معروف الدواليبي: المرجع السابق، ص 177.

جانب ذلك فقد كانت المجالس المئوية مطبوعة بطابع سياسي يعود إلى المدينة بينما المجالس السابقة مطبوعة بطابع ديني يعود إلى الأسرة.

أما من الناحية التشريعية فيبدو أن المجالس المئوية كانت تتمتع بصلاحيات تشريعية أوسع من المجالس السابقة وخاصة لناحية الموافقة على المعاهدات وإعلان الحرب. ويبدو أن الدور التشريعي لهذه المجالس لم يبرز إلا في العصر الجمهوري، حيث وضع قانون الألواح الاثني عشر وصدق عليه من قبل المجالس المئوية وفقاً لرأي الفقيه بمبونيوس Pomponius.

المبحث الثاني

مصادر القانون في العصر الملكي

العرف

يعتبر العرف أهم وأقدم مصدر للقاعدة القانونية في هذا العصر، وقد ذكر أحد فقهاء العصر العلمي بمبونيوس Pomponius في فقرة وردت في موسوعة جستنيان أن الملوك كانوا يحكمون الشعب بغير تشريع ثابت، فلم يكن هناك تشريع ولا فقه بل كان هناك مجرد عرف أي قانون غير مكتوب. ويبدو أن العرف نشأ من العادات التي توارثها الناس جيلاً بعد جيل قبل إنشاء المدينة وقبل اكتشاف فن الكتابة أو قبل انتشاره. ويظهر أن قوة العرف الملزمة إستمدها من الأصول الدينية، وكان الجزاء المترتب على مخالفته جزاءً دينياً[1].

وقد لعب رجال الدين دوراً كبيراً في تكوين العرف وتطويره وتفسيره، واستمروا في احتكار علم القانون حتى بعد صدور قانون الألواح الاثني عشر في العصر الجمهوري.

التشريع

يبدو أن العرف بقي المصدر الأساسي للقواعد القانونية حتى صدور قانون الألواح الاثني عشر. ويقرّر الفقيه بمبونيوس بأنه إذا كان أصل القانون

(1) الدكتور صوفي أبو طالب: الوجيز في القانون الروماني، ص 64.

الروماني هو العرف، فإن التشريع يعتبر من المصادر القانونية في العصر الملكي، وإنه صدرت بعض القوانين الملكية من مجالس الشعب الثلاثينية بناء على اقتراح الملك وتصديق مجلس الشيوخ.

ولكن معظم الشراح في العصر الحديث يرون عدم صدور تشريعات بكل معنى الكلمة من مجالس الشعب في العصر الملكي، وبذلك لم يكن للتشريع دور في تطوير القانون الروماني، وما صدر من أحكام لا يعدو أن يكون مجموعة من القواعد ذات الصبغة الدينية أصدرها الملوك باعتبارهم رؤساء للديانة وحفظها الكهنة في سجلاتهم.

وبذلك نرى أن القوانين الملكية (Leges Regiae) عند الرومان أساسها العرف وليس التشريع، وقد سميت بهذه التسمية نسبة إلى الملك، ويقرر بومبونيوس أن سكتس بابيريوس (Sextus Papiruis') قام بجمعها في أواخر العصر الجمهوري أو بداية العصر العلمي ووضعها في مجموعة واحدة سميت باسمه (Jus Giville Papirianum).

الفصل الثاني

عصر القانون القديم
(509 ق.م. ـ 130 ق.م.)

تمهيد وتقسيم:

يبدأ هذا العصر بقيام النظام الجمهوري عام 509 ق.م. وينتهي بصدور قانون أيبوتا Lex Aebutia حوالى عام 130 ق.م. وكان إنهيار الملكية نتيجة ثورة الزراعيين من الشعب الروماني، حيث كانت تؤيدهم أيضاً طبقة الأشراف ضد طغيان ملوك الأتروسك[1].

وأهم ميّزة لهذا العصر هي توسّع الدولة الرومانية بحيث بسطت سلطانها على مدن إقليم اللاتيوم وشبه جزيرة إيطاليا، وبعض مناطق حوض البحر الأبيض المتوسط، فأخضعت لحكمها صقليا وسردينية وقضت على قرطاجة وفتحت إسبانيا واليونان.

وقد أدّت هذه الفتوحات إلى انتقال المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري مزدهر، وأصبحت روما مركزاً رئيسياً للتجارة في حوض البحر الأبيض المتوسط. وكان نتيجة لهذا التطور الاقتصادي أن تعقّدت المعاملات وظهرت النقود البرونزية ثم الفضية، أما الذهب فلم يظهر إلا في العصر التالي.

---

(1) يثور الخلاف بين شرّاح القانون الروماني حول بدء قيام النظام الجمهوري، ويذهب البعض منهم إلى القول بأن التحول إلى النظام الجديد لم يكن وليد ثورة، وإنما كان نتيجة تطور طويل إنتهى إلى انحسار سلطات الملك لتحل محلها سلطات الحكام الذين يختارهم الشعب.

Goglichno Ferrero; Corrado Barbagallo; A short history of Rome, translated from the Italian by George Chrystal. N. Y. 1918. p. 26.

وقد أدّى إتصال الرومان بحضارات الشعوب الأخرى وخاصة الحضارة الاغريقية إلى إضعاف الروح الدينية لديهم، وتطوير القواعد القانونية الرومانية وتحررها من جمود القانون المدني.

أما على الصعيد الاجتماعي فإن الصراع بين طبقتي الأشراف والعامة أدى في النهاية إلى وضع قانون الألواح الاثني عشر والقوانين اللاحقة.

ونتكلّم في هذا المجال عن أبرز التغييرات في المجتمع الروماني على النحو الآتي:

المبحث الأول: ويشتمل على دراسة الحالة العامة للمجتمع الروماني في هذا العصر.

المبحث الثاني: ويتضمن دراسة قانون الألواح الاثني عشر.

المبحث الثالث: ونخصصه لدراسة مصادر القانون وتطوره بعد قانون الألواح الاثني عشر.

المبحث الأول

الحالة العامة للمجتمع الروماني في هذا العصر

لا شك أن توسع الدولة الرومانية أحدث تغييراً كبيراً في كافة المجالات السياسية والفكرية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية. ونبحث بشيء من التفصيل دراسة الحالة العامة للمجتمع في هذا العصر من الناحية السياسية ثم من الناحية الفكرية والاجتماعية.

أولاً ـ من الناحية السياسية

لعل أهم تغيير حصل بالنسبة لنظام الحكم هو وجود حكام على رأس السلطة بدلاً عن الملك، أما مجلس الشيوخ ومجلس الشعب فقد استمرا في هذا العصر مع ملاحظة ازدياد سلطات مجلس الشيوخ، ولكن نظام الحكم في أواخر العصر الجمهوري بدأ يبتعد عن النظام الجمهوري ويقترب شيئاً فشيئاً من النظام الإمبراطوري.

الحكام

حلّ محل الملك في إدارة شؤون الدولة حاكمان ينتخبهما مجلس الشعب لمدة سنة وهما القنصلان consules[1]. ويبدو أنه من ناحية الواقع لم يكن القنصلان يتمتعان بالصلاحيات التي كان يتمتع بها الملك، ورغم ذلك فإنه بفضل هذا النظام استطاعت روما أن تستبعد الحكم الفردي. أما من ناحية الصلاحيات فقد كان القناصل يتولون إدارة الجمهورية وقيادة الجيش والمحافظة على القوانين المعمول بها وعلى الأنظمة والعرف، كذلك كانوا يعملون على تنظيم التحكيم في الخلافات[2].

كذلك فقد تقيّدت سلطات القناصل بظهور نظام التظلم أمام مجالس الشعب من أحكامهم الصادرة داخل المدينة.

وبسبب إتساع الدولة الرومانية وازدياد الأعباء الملقاة على عاتق القناصل، استعان هؤلاء ببعض الموظفين لمساعدتهم في إدارة شؤون الدولة[3]، وكان هؤلاء الموظفون يعملون بإشراف القناصل، وقد استقلوا فيما بعد وأصبحوا حكاماً تنتخبهم مجالس الشعب والحكام الجدد هم:

أ ـ حاكم الإحصاء Censor

كان يتولى إحصاء المواطنين الرومان المكلّفين بالضرائب وثرواتهم، كما كان يتولى مراقبة الآداب العامة، فكان له حق إستبعاد كل مواطن ارتكب أمراً مشيناً من قوائم الجندية، وكان يترتب على هذا الإستبعاد حرمان المواطن من حق الإقتراع وحق تولي المناصب العامة.

ب ـ الحاكم المحقق Quaestor

كان يختار بطريق الانتخاب لمدة سنة بواسطة المجالس الشعبية. وقد ازداد عدد هؤلاء الحكام بشكل تدريجي حتى بلغ العشرين. وكانت وظيفة المحقق تتناول التحقيق في المسائل الجنائية وإدارة المسائل المالية كالإشراف

---

(1) كانت وظيفة القنصل مقصورة على طبقة الأشراف ولم يسمح للعامة بتوليها إلا بصدور قانون ليسنيا عام 367 ق.م. ومنذ عام 339 ق.م. وجب أن يكون أحد القنصلين من العامة.

(2) الدكتور نقولا حطية: النظم والمذاهب وتطورها في العالم القديم والحديث، بيروت، ص 67.

(3) James Henry Breasted: Survey of the ancient world U.S.A. 1919, p. 265.

على موارد الدولة ونفقاتها[1].

جـ ـ حكام الأسواق Aedilis curulis

عهد بهذه المهمة إلى موظفين ينتخبان لمدة عام واحد إبتداء من سنة 367 ق.م. وذلك لإدارة أعمال الشرطة في المدينة، والإشراف على الأسواق العامة، ومراقبة بيع الأرقاء والمواشي، والقضاء فيما ينشأ عن ذلك من منازعات.

د ـ الحاكم القضائي Praetor

منذ عام 367 ق.م. فصلت ولاية القضاء المدني عن أعمال القنصلين وعهد بها إلى حاكم قضائي يتمّ تعيينه عن طريق الانتخاب وسمي بالبريتور المدني Praetor urbanus، وكان يختصّ بالفصل في المنازعات التي تثور بين الرومان، وعندما دخل الرومان في علاقات مع الأجانب أنشئت وظيفة بريتور الأجانب Praetor Peregrinus عام 242 ق.م.، وكان يختص بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين الأجانب أو بينهم وبين الرومان.

مجلس الشيوخ

بالرغم من بقائه مجلساً إستشارياً فقد ازدادت اختصاصات مجلس الشيوخ من ناحية الواقع بحيث أصبحت له اليد العليا في إدارة شؤون روما. وقد أصبح للعامة الحق بالتمتع بعضوية مجلس الشيوخ بعد أن سمح لهم بتولي مناصب الحكام.

لقد كان لهذا المجلس إبداء الرأي حول مشاريع القوانين التي تعرض على مجالس الشعب، كما كان يتولى إدارة شؤون البلاد في مجال السياسة الخارجية وبالنظر في موازنة الدولة وطريقة صرف الأموال[2].

مجالس الشعب[3]

تنوّعت مجالس الشعب في العصر الجمهوري تبعاً لاختلاف تكوينها

(1) W.E.Heitland: The Roman République, V.1., Cambridge univ. Press 1923, p. 123.

(2) الدكتور نقولا حطبة: المرجع السابق، ص 69.

(3) W.E.Heitland: Op. Cit., p. 129.

واختصاصاتها، بسبب انقسام الشعب إلى أشراف وعامة وقد ظهرت المجالس التالية:

1 ـ مجالس الشعب الثلاثينية القديمة Comitia Curiata

وكانت موجودة في العصر الملكي إلا أن أهميتها قد تناقصت نتيجة لإزدياد نفوذ الطبقة العامة وتناقص دور العشائر في التنظيم السياسي لروما. أما اختصاصها فكان يتناول الموافقة على الوصية والتصرفات التي تؤدي إلى تغيير نظام الأسرة كالتبني.

2 ـ مجالس القبائل Comitia Tributes

وهي المجالس التي كانت تنظم الأشراف والعامة طبقاً للتقسيم الاقليمي الذي وضعه الملك سرفيوس توليوس، حيث قام بتقسيم روما إلى أحياء أو قبائل جديدة. أما اختصاصها فكان يشمل انتخاب حكام التحقيق وحكام الأسواق والموافقة على مشروعات القوانين أو رفضها دون أن يكون لها حق تعديلها أو اقتراحها.

3 ـ مجالس الوحدات المئوية الجديدة Comitia Centuriata

كان يشمل اختصاص هذه المجالس إنتخاب القناصل والحكام القضائيين وحكام الإحصاء، كذلك النظر بمشروعات القوانين بالموافقة أو الرفض دون حق تعديلها أو إقتراحها، وكان يلزم تصديق مجلس الشيوخ لكي تصبح قوانين هذه المجالس ملزمة. كما كان يحق للأفراد المحكوم عليهم بالإعدام التظلّم أمام هذه المجالس.

4 ـ مجالس العامة Concilia Plebis

لقد اعترف للعامة منذ عام 471 ق.م. بحق إنشاء مجالس خاصة بهم على غرار المجالس الشعبية التي كانت تقتصر على الأشراف. وكانت هذه المجالس تنعقد بناء على دعوة أحد نقباء العامة. أما اختصاصها فكان يشمل إختيار نقباء العامة إلى جانب اختصاصها التشريعي الذي كان يلزم هذه الطبقة دون غيرها. ولكن بعد صدور قانون هورتنسيا عام 287 ق.م. أصبحت قرارات مجالس العامة مساوية لقرارات المجالس الشعبية الأخرى ومن ثم أصبحت ملزمة لطبقتي الأشراف والعامة.

ثانياً: من الناحية الفكرية

كان لتوسع الدولة الرومانية وفتوحاتها الكبيرة الأثر الواضح على ثقافة الرومان القانونية وعلى معتقداتهم الدينية وأخلاقهم الاجتماعية.

فنتيجة إتصال الرومان بالحضارة الاغريقية فقد تأثر القانون الروماني بهذه الحضارة، سواء كان في مجال استحداث أفكار قانونية جديدة أو تفسير القواعد القانونية الموجودة، وقد ترتب على هذا الأمر تراجع الإجراءات والصيغ الشكلية أمام فكرة القانون الطبيعي ومبدأ العدالة وحسن النية والاعتداد بإرادة الطرفين، بغضّ النظر عن هذه الصيغ التي كان يترتب على مخالفتها في السابق بطلان التصرفات، فضلاً عن الاهتمام بالتقسيمات للأفكار القانونية وعرضها بطريقة علمية[1].

أما من ناحية أفكارهم الدينية فقد بدأ الرومان يهملون قواعد دياناتهم القديمة ويتبعون قواعد الديانات الاغريقية الشرقية.

أما من ناحية الأخلاق الاجتماعية فقد تزعزعت عقائد الرومان وأفكارهم الأخلاقية، وتخلوا عن تقاليدهم المحافظة، كما تخلوا عن حياة الزهد والتقشف واندفعوا وراء المادة وحب الإثراء ونحو الملذات والشهوات بحيث سادت روح الأنانية والنزعة الفردية على حساب المصلحة العامة.

ثالثاً: من الناحية الاجتماعية

كان المجتمع الروماني في هذا العصر يتكوّن من طبقتين، طبقة الأشراف التي كانت تنتظم العشائر الرومانية وطبقة العامة ولم تكن ضمن هذه العشائر. ولقد ترتّب على هذا الوضع أن تمتعت طبقة الأشراف بامتيازات وحقوق لم تكن تتمتع بها الطبقة العامة[2].

فقد كان لطبقة الأشراف وحدها حق تولي المناصب العامة، وحق الإقتراع على مشروعات القوانين، كما كانت الثروة العقارية مركزة في أيدي الأشراف لأن الأرض كانت ملكاً للعشائر الرومانية التي أسست المدينة.

---

(1) أنظر Chandemont: Cours de droit Romain, Paris 1949- 1950, pp. 60- 96.

(2) Ferrero and Barbagallo, Op. Cit., p. 38.

أما طبقة العامة فلم تكن تتمتع بالحقوق السابقة ولم يكن لها حق الزواج من طبقة الأشراف وإن كان لأفرادها حق التعامل باستعمال الطرق الرومانية في تصرفاتهم القانونية، كما كان لهم حق التقاضي وفق الإجراءات الرومانية، وبمعنى آخر فقد حرم أفراد الطبقة العامة من التمتع بحقوق القانون العام، فقد كانت لديهم تقاليدهم وعاداتهم القانونية الخاصة التي لا تعترف بها مدينة روما.

النزاع بين الأشراف والعامة

تميّز هذا العصر بنزاع قام بين الطبقتين نتيجة مطالبة طبقة العامة بمساواتها بطبقة الأشراف. فقامت عدة ثورات ضد الأشراف.

ففي سنة 494 ق.م. لجأ العامة إلى الاعتصام بتل خارج المدينة مهددين الأشراف بالانسحاب من المدينة وتكوين مدينة خاصة بهم. وقد رأى الأشراف ضرورة وجود العامة لقضاء المصالح في المدينة فقبلوا أن يكون للعامة حاكمان في المدينة سميا بحاكمي العامة **Tribunus Plebis**؛ وكان لهما حق الاعتراض على قرارات القناصل ومجلس الشيوخ والمجالس الشعبية وذلك حماية لمصالح العامة، كما اعترف لهم بحصانة تمنع الاعتداء عليهم وكان جزاء أي إعتداء على حاكم العامة هو الإعدام، مع أنه لم يكن لهؤلاء الحكام حق التدخل في إدارة شؤون المدينة.

وقد حصلت الطبقة العامة على مساواتها بطبقة الأشراف بشكل تدريجي. **ففي سنة 471 ق.م.** صدر قانون بيبليا **Publia**، الذي قرر إنشاء مجالس خاصة بالعامة تصدر قرارات تشريعية بناء على إقتراح حكام العامة وسميت بمجالس العامة.

في سنة 462 ق.م. طالب العامة بتشكيل لجنة لوضع مجموعة قانونية على أساس المساواة بينهم وبين الأشراف. وقد كان نتيجة ذلك وضع قانون الألواح الاثني عشر الذي سنتكلم عنه بالتفصيل في المبحث التالي.

وفي سنة 445 ق.م. صدر قانون كانوليا Canuleia الذي أباح الزواج بين الأشراف والعامة.

كما صدرت عام 367 ق.م. قوانين ليسنيا **Liciniae** التي أنشأت وظيفتي البريتور المدني وحاكم الأسواق، وأعطى للعامة حق تولي هذين المنصبين،

كما أوجبت أن يكون أحد القنصلين من العامة. وفي عام 300 ق.م. أباح القانون للعامة حق تولي المناصب الدينية العليا وبمنح العامة هذه الحقوق تحققت المساواة بينهم وبين الأشراف[1].

المبحث الثاني

قانون الألواح الاثني عشر
Loi des Douze Tables

دوافع وضع قانون الألواح الاثني عشر

ذهب المؤرخون القدماء إلى أن وضع قانون الألواح الاثني عشر كان نتيجة لثورة الطبقة العامة، ومطالبتها المساواة بطبقة الأشراف حيث أن قواعد العرف التي كانت سارية كان يحيط بها الغموض، وكان رجال الدين يحتكرون معرفة هذه القواعد ويعملون على تفسيرها لصالح طبقة الأشراف، مما دفع بالطبقة العامة المطالبة بتدوين القواعد العرفية لكي يمكن تطبيقها عليهم.

ومنذ عام 462 ق.م. طالب العامة بتشكيل لجنة لوضع هذه المجموعة القانونية وقد عارض مجلس الشيوخ هذا الاقتراح في البداية، إلا أنه قبل به عام 451 ق.م. فأرسلت بعثة إلى بلاد اليونان لدراسة قانون صولون Solon. وبعد عودة البعثة شكلت لجنة من عشرة أشخاص جميعهم من الأشراف لتدوين القوانين، وقد أوقفت سلطة الحكام لمدة سنة وأعطيت اللجنة سلطات مطلقة، أتمت اللجنة عملها خلال العام نفسه ووضعت القوانين حيث نقشت على عشرة ألواح عرضت على مجلس الشعب فاعتبرت غير كافية، ولذلك فقد تشكلت لجنة جديدة في العام التالي بعض أفرادها من العامة، وأتمّت عملها بوضع لوحين جديدين، إلا أن النصوص أتت خالية من طلب حق العامة الزواج بالأشراف فثاروا على اللجنة وأسقطوها. وفي عام 449 ق.م. انتخب الشعب قنصلين قاما بنشر الألواح الاثني عشر في ساحة المدينة. ولقد حطمت هذه الألواح بعد ستين سنة على أثر غزو روما من قبل قبائل الغال Les

(1) W.S. Robinson: A Short history of Rome, p. 62.

Gaulois وذلك عام 390 ق.م.[1].

نقد الوقائع السابقة

يشكك البعض في صحة الوقائع السابقة، فالعالم الايطالي باي Ettore Pais يرى أن قانون الألواح الاثني عشر لا يعتبر مجموعة رسمية، بل مجموعة خاصة لقواعد العرف المتطورة وضع في عصر لاحق للعصر الذي نسب اليه القانون من قبل كاتب حاكم الاحصاء فلافيوس Flavius عام 312 ق.م.

أما العالم لامبرت Edouard Lambert[2] فيرى أن قانون الألواح الاثني عشر لم يذكر في مؤلفات الأدب اللاتيني إلا ابتداء من القرن الثاني للميلاد، مما يؤدي إلى القول بأن هذه النصوص لم يكن لها الصفة الرسمية وجمعت بمعرفة الفقيه كاتو Cato وكان قنصلاً عام 298 ق.م.

ولكن الرأي الراجح يرى أن قانون الألواح الاثني عشر وضع وفقاً للوقائع السابقة، رغم أن هنالك بعض الشكوك حول بعض التفاصيل عن كيفية وضعه. ومع أنه لم تصل إلينا نصوصه الأصلية بسبب حريق روما فقد أعيد جمعه دون المساس بأحكامه الموضوعية، ووصلت إلينا معظم نصوصه عن طريق بعض فقهاء العصر الجمهوري والعصر العلمي وعن طريق بعض المؤرخين والخطباء أمثال شيشرون Cicéron والذين كانوا يرون في هذا القانون أثراً من الآثار الخالدة لروما القديمة وصورة صادقة عن حضارة الرومان ورقي قوانينهم[3].

أحكام قانون الألواح الاثني عشر

لم يتضمّن قانون الألواح الاثني عشر كافة النظم الأساسية عند الرومان باستثناء ما يتعلق بقواعد المرافعات، وقد يرجع ذلك إلى إيجاد قواعد ثابتة لنظام التقاضي خاصة بالنسبة لحصول طبقة العامة على حقوقها، بينما نجد

---

(1) R. Monier: Manuel élémentaire de droit romain, TI (1947), pp. 32- 33.

(2) Lambert: La fonction du droit civil comparé, p. 393 et S.

(3) Adam Ferguson: Progress and termination of the Roman Republic, London 1783, V.I., pp. 36- 39.

بعض النظم الأساسية كالسلطة الأبوية والسيادة الزوجية والزواج والطلاق والملكية بقيت خاضعة للتنظيم العرفي.

ولم يتضمّن هذا القانون جزاءات دينية، وانفصال القانون عن الدين بدأ بشكل ملحوظ منذ قيام النظام الجمهوري، وقد وضع قانون الألواح ليكون قانوناً عاماً للرومان على اختلاف طبقاتهم ودياناتهم.

وقد اعتبر قانون الألواح الاثني عشر أساساً للقانون الخاص والقانون العام عند الرومان، وقد استمر كذلك حتى وضع مجموعات جستنيان، حيث اتخذ أساساً لتلك المجموعات مع ملاحظة أن القوانين اللاحقة لقانون الألواح عملت على التوسع في أحكامه وتكملتها دون إلغائها.

ونتكلم عن النظم القانونية التي تضمنها قانون الألواح مشيرين إلى أهم ما ورد فيها من أحكام.

نظام الدعاوى

كان نظام الدعاوى يتمّ على مرحلتين، المرحلة الأولى كانت تتمّ أمام البريتور وقبل ذلك أمام القنصل باتمام إجراءات الخصومة والإشهاد عليها عن طريق تحديد موضوع النزاع والحكم الذي سيفصل فيه باتفاق الطرفين، أو عن طريق القرعة في حال عدم الإتفاق، وتعرف هذه المرحلة بالدور القانوني للخصومة.

أما المرحلة الثانية فتبدأ بإحالة الدعوى على الحكم المعيّن للفصل في النزاع وتسمى بالدور القضائي. ولم يكن الحكم قاضياً بكل معنى الكلمة، بل كان حكماً خاصاً يكلف بالفصل في موضوع النزاع.

ولقد تضمّنت الألواح الثلاثة الأولى نظام الدعاوى الذي لم يتخلّ عن الشكلية بصورة نهائية، وكان يترتب على عدم مراعاتها ضياع الحق. وكانت الدعاوى تنقسم إلى قسمين، دعاوى تقريرية ودعاوى تنفيذية[1].

(1) الدكتور أحمد أبو الوفا: تاريخ الأنظمة القانونية، بيروت 1979، ص 64.

أولاً - الدعاوى التقريرية

ويقصد بها إقرار الحق قضاء واعتراف الخصم به. والدعاوى التقريرية المقررة في قانون الألواح هي دعوى القسم أو الرهان، ودعوى طلب تعيين قاض أو حكم، ثم أضيف إليها دعوى الاعلان فيما بعد.

أ - دعوى القسم أو الرهان Legis actio per sacramentum

وهي من الدعاوى العامة التي تهدف إلى الدفاع عن الحق وحمل الخصم على الاعتراف به في حال عدم وجود نص قانوني يوجب إتباع طريقة أخرى. وسميت بدعوى القسم أو الرهان لأن كلا الطرفين يقسمان على صحة دعواهما بيمين دينية، ثم استعيض عنها برهان كان يدفعه من خسر دعواه إلى الخزينة العامة.

وقد يكون موضوع الدعوى حقاً عينياً فتسمى بدعوى الرهان العينية Sacramentum inrem، وقد يكون موضوع الدعوى حقاً شخصياً فتسمى بدعوى الرهان الشخصية Sacramentum in personam.

والدور الأول في دعوى الرهان العينية يستلزم حضور الطرفين ومعهما الشيء المتنازع عليه والشهود، كما يلزم التفوه ببعض الألفاظ الرسمية وأداء بعض الحركات الشكلية، بحيث إذا حصل أي خطأ فإن الشخص يفقد حقه ولو كان الحق في جانبه، وتنتهي هذه الإجراءات بإشهاد الحضور على إتمامها على الوجه المشروع وهو ما يسمى بالإشهاد على الخصومة.

أما الدور الثاني فإنه يتم أمام القاضي دون أن يلزم الأطراف باتباع شكليات معيّنة، بل تشرح الدعوى بأية عبارات ويفصل القاضي بموضوع الدعوى بطريقة غير مباشرة. فإذا كان الحكم لصالح من لم يكن الشيء في حيازته فإنه يعاد اليه الشيء، فإذا امتنع الشخص عن التنفيذ ألزم الكفلاء وهم عادة من أهله وأصدقائه[1].

أما دعوى الرهان الشخصية فتستعمل للمطالبة بالحقوق الشخصية، كالمطالبة بدين غير ثابت، أو بغرامة نتيجة لجريمة وقعت. ويقتضي في هذه

---

(1) الدكتور عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص 34.

الحالة حضور الطرفين دون وجود المال، فإذا أقرّ المدين بالدين التزم بالوفاء به قبل مضي ثلاثين يوماً، وإذا أنكره دعاه الدائن إلى رهان ثم يجري اختيار القاضي والاشهاد على الخصومة كما في دعوى الرهان العينية.

ولما كان أحد الأطراف يدعي بحقه فإن عليه عبء الإثبات أمام القاضي، فإذا نجح المدعي في إثبات حقه فإن المدعى عليه يخسر الرهان ويكون ملتزماً بالوفاء في مهلة ثلاثين يوماً، وإلا كان للدائن بعد مضي هذه المهلة أن ينفّذ عليه بدعوى إلقاء اليد، أما إذا فشل المدعي في إثبات حقه فإنه يخسر رهانه وبالتالي يخسر إدعاءه.

ب - دعوى طلب تعيين قاض أو حكم Arbitri postulatis- Judicis postlatio

وهذه الدعوى على حد تعبير الفقيه غايوس دعوى خاصة، فهي مقصورة على الأحوال التي حددها القانون ويدخل في هذه الدعوى الخصومات القائمة حول وجود الحق أو عدمه، وفي هذه الحالة يقوم الحاكم باختيار القاضي للفصل في أصل الحق، وفي الحالات التي تدخل في هذا الإطار حالة الديون الناشئة عن الاشتراط الشفوي، كذلك يدخل في هذه الدعاوى الخلافات التي تقوم حول حدود الحق وليس حول وجوده، كحالة قسمة الشركات وقسمة الأموال الشائعة، فيلجأ المدعي في هذه الحالة إلى الحاكم لتعيين حكم للفصل في حدود الحق المتنازع عليه.

وهذه الدعوى لا تتضمن رهاناً فالخاسر لا يتعرض لدفع أية غرامة لخزينة الدولة، والغرض منها طلب تعيين قاض أو حكم بواسطة الحاكم القضائي بناء على طلب المدعي وبعد إنكار المدعى عليه، وذلك للفصل في النزاع، ويتم اختيار القاضي ويجري الإشهاد على الخصومة كل ذلك بعبارات رسمية محددة.

ج - دعوى الإعلان Legis actio per condictionem

لم ترد في قانون الألواح إنما وردت في قانون سليا (Lex silia) عام 250 ق.م. وترفع للمطالبة بمبلغ معين من النقود أو بمال معين بالذات، وهي كالدعوى السابقة لا رهان فيها ولكنها تختلف عنها كون أن القاضي لا يعين في الحال وإنما بعد ثلاثين يوماً من إنكار المدعى عليه للدين، حيث يتعين

حضور الطرفين أمام الحاكم القضائي لتعيين قاضٍ يتولى الفصل في النزاع بعد مرور المهلة المذكورة.

ثانياً ـ الدعاوى التنفيذية

المقصود بها تمكين صاحب الحق من الحصول على حقه بعد اعتراف المدين به أو إثباته بشكل رسمي. ويقع التنفيذ عادةً على شخص المدين طبقاً لاجراءات دعوى إلقاء اليد أو دعوى أخذ رهينة.

أ ـ دعوى القاء اليد (Manu injectio)

وهي من الدعاوى التنفيذية التي تقع على شخص المدين الذي يحكم عليه بمبلغ من النقود أو الذي يعترف بدين الدائن أمام الحاكم.

فالدائن بعد مضي ثلاثين يوماً يحق له أن يقبض على المدين ويصحبه معه إلى البريتور ليقرر أمامه أنه وضع يده على المدين بسبب عدم وفائه للدين، فإذا لم يعترض أحد يقرر البريتور إلحاق المدين بالدائن.

وللدائن أن يحبس المدين في بيته وله الحق في أن يبيعه كرقيق خارج روما أو أن يقتله أو يحتفظ به للإنتفاع بعمله.

ولم يكن يسمح للمدين بالمعارضة في إلقاء اليد عليه وإن كان يعطي هذا الحق لغير المدين كأحد أقاربه مثلاً، فإذا زعم هذا الأخير بأن إلقاء اليد تمّ بدون سند قانوني أوقفت إجراءات التنفيذ، فإذا ظهر أن المتدخل غير محق في طلبه وجهت إليه إجراءات إلقاء اليد بضعف مبلغ الدين الأصلي.

ب ـ دعوى أخذ رهينة (Pignoris Capio)

وتتم دون تدخل الحاكم وبذلك تعتبر دعوى ناقصة، وهذه الدعوى تعطي للدائن **الحق في الإستيلاء على مال من أموال المدين وحجزه كرهينة حتى يتم الوفاء بالدين دون أن يكون للدائن أن يبيع هذا المال أو أن يمتلكه.**

وتستعمل هذه الدعوى طبقاً لقانون الألواح الاثني عشر لإستيفاء الديون ذات الصبغة الدينية[1]. وقد جرى العرف على استعمالها لإستيفاء مرتبات

(1) أنظر: Thomas Arnold: History of Rome, N.Y. 1889, p. 107.
وانظر بالتفصيل لأحكام قانون الألواح الاثني عشر في المرجع السابق، ص 96 ـ 113.

الجنود من المكلفين بها، كذلك للملتزمين بالضرائب الحق في استعمالها ضد من يتأخر في دفع الضريبة.

نظام الأسرة

وردت في اللوحين الخامس والسادس بعض الأحكام عن سلطة رب الأسرة وعن انتقال أموال الأسرة بالميراث أو الوصية.

بالنسبة لسلطة رب الأسرة فقد كان يعتبر المالك الوحيد لأموالها ويخضع لسلطته زوجته ووِلْدُه ورقيقه في مستوى قانوني واحد.

أما بالنسبة للوصاية فقد تقررت بعد وفاة رب الأسرة على القصَّر والنساء، أما القوامة فقد تقررت على المجانين والسفهاء، وهذه الأنظمة كانت مقررة لصالح الوصي والأسرة أكثر منه لمصلحة المشمول بالوصاية أو القوامة. وقد تغير هذا الأمر في العصور اللاحقة.

نظام الملكية

وردت بعض الأحكام المتعلقة بانتقال الملكية ومصادر الالتزامات وعلاقات الجوار في اللوحين السادس والسابع.

كانت الأموال تنقسم إلى أموال نفيسة Res Mancipi وأموال غير نفسية res nec mancipi، والملكية كانت جائزة على الأموال المنقولة والأموال الثابتة.

والأموال النفسية كانت تشمل الأراضي الرومانية والأموال اللازمة للاستغلال الزراعي، أما ما عدا ذلك فهي أموال غير نفيسة.

أما بالنسبة لانتقال ملكية الأموال النفيسة فتتم عن طريق الإشهاد mancipatio أو الدعوى الصورية in jure cessio.

والإشهاد عملية عملية لنقل الملكية الرومانية تتم بإجراءات شكلية ورسمية بحضور الطرفين المتصرف والمتصرف إليه والشيء المراد التصرف فيه إذا كان منقولاً أو ما يرمز إليه إذا كان عقاراً. لذلك كان يقتضي حضور خمسة من الشهود الرومان البالغين وحامل الميزان الذي يمسك بالميزان ويزن النحاس.

ولقد كان الإشهاد بيعاً حقيقياً فكان الثمن من السبائك التي تسلّم إلى البائع، ثم تغير الأمر وأصبح الإشهاد بيعاً صورياً لا يوزن فيه الثمن بالفعل بل يرمز إليه بقطعة من البرونز.

أما الدعوى الصورية فهي من الطرق الرسمية لنقل الملكية الرومانية بحضور الطرفين أمام الحاكم القضائي، كأن يدعي المتصرف إليه (المشتري) بملكية المال المراد نقل ملكيته فيسلّم المتصرف (البائع) بطلب المتصرف إليه ويصادق البريتور على هذا الأمر الذي يترتب عليه انتقال الملكية(1).

أما ملكية الأموال غير النفيسة فتتم بمجرد التسليم من يد إلى يد. ولم يكن نقل ملكية الأموال النفيسة جائزاً عن طريق التسليم إلا إذا وضع المتسلم يده على المال مدة سنة إذا كان منقولاً ومدة سنتين إذا كان عقاراً وتسمى هذه الطريقة اكتساب الملكية بالاستعمال أو التقادم usucapio.

مصادر الالتزامات

تعتبر الجرائم الخاصة والعقود مصدراً للالتزامات. ففي أغلب الجرائم الخاصة كان الجاني يعتبر مديناً للمجني عليه، فإذا لم يوفِ بالغرامة أو الديّة يصبح الجاني خاضعاً لسلطة المجني عليه أي يتحمل الالتزام في جسمه.

أما العقود فكانت تتم بإجراءات رسمية وأهمها:

1 ـ عقد الاشتراط الشفوي Stipulatio الذي كان يتم بسؤال الدائن وموافقة المدين في صيغة رسمية، وينشأ عن ذلك الالتزام أو يحدث أثره ولو خالف قصد المتعاقدين.

2 ـ عقد القرض القديم أو عقد الإستدانة Nexum وكان ينشئ التزاماً يقع على جسم المدين أو أحد أفراد أسرته، بحيث يبيع المدين نفسه بدلاً من الشيء بطريق الإشهاد. ويحتفظ الدائن بالشخص المباع كرقيق حتى الوفاء.

وقد تضمّن اللوح السابع تنظيماً للملكية وما يرد عليها من حقوق إرتفاق

---

(1) G. Diosdi: Ownership in ancient and preclassical Roman law: Hungary. 1970, pp. 64- 84 pp. 137- 138.

كحق المرور، وواجبات المالك تجاه الجار.

الجرائم الخاصة والعامة

تضمّنت الألواح الخمسة الأخيرة تنظيم الجرائم. وقد ميَّز القانون الروماني بين الجرائم الخاصة والجرائم العامة.

أما الجرائم الخاصة فهي جرائم تقع على شخص الفرد كجريمتي الاعتداء والإيذاء، أو على ماله كجريمتي السرقة والإضرار بمال الغير.

أما أحكام جريمة الاعتداء فللمجني عليه حق القصاص ما لم يرض بالديّة الاختيارية، وتتناول هذه الحالات جميع الأفعال التي يترتب عليها فصل عضو أو إتلافه بشكل غير صالح للاستعمال (كذراع مثلاً). والحالة الثانية هي حالة كسر عظم، أما الحالة الثالثة فتشمل الإيذاء البسيط. وقد فرض قانون الألواح في الحالتين الأخيرتين الديّة الاجبارية.

أما أحكام جريمة السرقة فقد خوّل قانون الألواح للمجني عليه حق قتل السارق إذا ضبطه متلبساً بالسرقة ووقعت السرقة ليلاً أو بسلاح. وفي غير هذه الأحوال يمكن للمجني عليه أن يطلب الحاق السارق به فيصبح في مركز المدين المعسر، وفي غير حالة التلبس لا يحق للمسروق منه إلقاء اليد على السارق ولكنه يستطيع رفع دعوى يطالب فيها بالغرامة وقدرها ضعف قيمة الشيء المسروق[1].

والجرائم العامة هي الجرائم التي تضرّ بالصالح العام وتتولى الدولة فيها توقيع العقاب. وتعتبر من الجرائم العامة عند الرومان، جرائم الخيانة العظمى والهرب من الحرب والاعتداء على الديانات. ويعتبر أيضاً من الجرائم العامة بعض الجرائم التي تقع على الأفراد وتبلغ من الخطورة بحيث تهدد الأمن والنظام كجريمتي قتل الإنسان الحر والحريق العمد. ويحاكم مرتكبو هذه الجرائم أمام حاكم خاص ويمكن التظلم من الحكم أمام مجلس الشعب.

---

(1) يلاحظ أن هذه الدعوى يمكن رفعها على شركاء السارق أياً كانت صورة إشتراكهم بالإتفاق أو التحريض أو المساعدة:

أنظر الدكتور محمد عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدراوي: مبادئ القانون الروماني القاهرة 1956، ص 54.

المبحث الثالث

مصادر القانون في العصر القديم وتطوره بعد قانون الألواح الاثني عشر

تمهيد وتقسيم

لم يقف القانون الروماني جامداً بعد صدور قانون الألواح الاثني عشر، فبالرغم من بقاء العرف كمصدر أساسي للقواعد القانونية فإن القانون الروماني واجه التطورات الجديدة نتيجة إتساع رقعة الدولة الرومانية في هذا العصر. وقد ظهرت مصادر جديدة للقانون كالتشريع والفقه والقانون القضائي أو البريتوري وقانون الشعوب الذي قامت أحكامه في البداية على أساس القواعد العرفية البحتة.

لقد تطور العرف في هذا العصر بفضل تفسير الفقهاء ومنشورات الحكام القضائيين الذين عملوا على تهذيب القواعد القانونية وإنشاء قواعد قانونية جديدة. وبذلك تخلّص من الجمود الذي كان يعتريه في المرحلة السابقة.

ونقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب نخصصها لدراسة المصادر التشريعية في هذا العصر على النحو الآتي:

المطلب الأول: التشريع.

المطلب الثاني: الفقه.

المطلب الثالث: القانون البريتوري.

المطلب الرابع: قانون الشعوب.

المطلب الأول

التشريع Lex

الهيئات التشريعية في العصر الجمهوري

سبق أن أشرنا إلى وجود مجالس شعبية متعددة، فهنالك مجالس الشعب

الثلاثية القديمة التي فقدت اختصاصها التشريعي في مرحلة لاحقة، ومجالس الوحدات المئوية الجديدة ومجالس القبائل، وكان للقناصل أو للبريتور أن يتقدموا بمشروعات القوانين لأي من هذه المجالس. وقد وجدت أيضاً مجالس العامة ولم تكن قراراتها ملزمة إلا للعامة، ثم أصبحت هذه القرارات بعد صدور قانون هورتنسيا مساوية للقرارات الصادرة عن مجالس الشعب الأخرى.

كانت تقدّم مشروعات القوانين إلى المجالس العامة بواسطة حكام العامة وإلى المجالس الشعبية بواسطة القناصل أو البريتور. ومن الناحية العملية فقد اختص القناصل بوضع مشروعات القانون العام التي تدخل تعديلاً جوهرياً في النظم السياسية.

أما حكام العامة فقد اختصوا بمشروعات القرانين التي تدخل تعديلاً في القانون الخاص[1].

مراحل سن التشريع

لم يكن لأعضاء المجالس التشريعية حق التقدم بمشروعات القوانين بل كان هذا الحق مقصوراً على الحكام فقط، وكانت القوانين الصادرة عن مجالس الشعب بناء على إقتراح الحكام تسري على الجميع، وذلك خلافاً للقوانين الصادرة من بعض الحكام بتفويض من مجالس الشعب فإنها لم تكن تسري إلا في الأقاليم والمستعمرات.

وكان الحاكم يعرض مشروع القانون على مجلس الشيوخ للموافقة عليه قبل عرضه على المجالس الشعبية، ثم يعرض المشروع على الشعب في الأسواق ويحال بعد ذلك للمجالس الشعبية التي لها حق قبول المشروع أو رفضه دوون تعديله ويصبح القانون نافذاً من تاريخ إقراره.

كانت القوانين تعرف باسم الحاكم الذي اقترحها، فإذا كان دكتاتورياً أو حاكماً من حكام العامة أو بريتوراً حمل القانون اسم صاحب الاقتراح، وإذا

(1) وهذا يرجع إلى وجود حكام العامة بشكل دائم في روما مما يوفر لهم الوقت لإعداد فني دقيق للمشروعات المتعلقة بالقانون الخاص، وهذا ما لم يكن يتوفر في القناصل إذ أن معظم أوقاتهم كانوا يقضونها في الحروب.

كان صاحب الاقتراح هو القنصل فإنه يحمل إسم القنصلين اللذين يتوليان الحكم باعتبارهما متضامنين في جميع الأعمال.

كتابة القوانين

كان القانون يشتمل على المقدمة والنص المقدم للتصديق ثم الجزاء. أما المقدمة Praescriptio فتشتمل على إسم الحاكم مقترح القانون وصفته وتاريخ التصويت عليه واسم المجلس الذي اقترع على القانون وتاريخ الاقتراع واسم الوحدة التي بدأت الاقتراع.

أما نص القانون Rogatio فيشتمل على أحكام القانون المقدم للتصديق عليه.

أما الجزاء Sanctio فيشتمل على ما يترتب على مخالفة القانون سواء أكان عقوبة أم بطلان التصرف.

ولم تكن كافة القوانين تتضمن جزاءات على مخالفتها، لذلك يمكن أن نميّز في هذا المجال بين ثلاثة أنواع من القوانين:

النوع الأول: القوانين الكاملة، وهي التي يترتّب على مخالفتها بطلان التصرف. ولم تظهر هذه القوانين إلا في أواخر العصر الجمهوري.

النوع الثاني: القوانين شبه الكاملة، وهي التي لم يكن يترتّب على مخالفتها بطلان التصرف، وإنما يقتصر الأمر على توقيع عقوبة مالية كالغرامة.

النوع الثالث: القوانين الناقصة، ولم تكن يقرر أي جزاء على مخالفتها، وكانت تقتصر على الترخيص للعمل في حدود معينة تاركة للحكام بما لديهم من سلطة إدارية أو قضائية توقيع الجزاء المناسب في حال المخالفة.

أهم التشريعات في العصر الجمهوري

إستمر العرف في هذا العصر كمصدر للقواعد القانونية إلى جانب المصادر الأخرى ولم تكن القوانين المتعلقة بالقانون الخاص كثيرة، وقد وصلت إلينا عن طريق كتابات الفقهاء. ويمكن أن نشير إلى أهم القوانين الصادرة في العصر الجمهوري.

فلاعتبارات اجتماعية وسياسية صدر قانون كانوليا (Canuleia) عام 445

ق.م. الذي أباح الزواج بين الأشراف والعامة. كذلك صدر قانون بوتليا بابريا Poetelia Popiria عام 204 ق.م. الذي قيد كثيراً من حالات التنفيذ على جسم المدين.

كذلك صدرت قوانين لوضع حدٍّ لما يجوز التبرع به أثناء الحياة لأشخاص خارج الأسرة بواسطة قانون سنسيا (Cincia) عام 204 ق.م. ولما يجوز الإيصاء به وترك نصاب شرعي للورثة، وكذلك تحديد حد أقصى لسعر الفائدة.

أما بالنسبة للقوانين المتعلقة بالقانون الخاص فقد صدر قانون أكويليا Aquilia الخاص بجريمة الاعتداء على مال الغير. وصدر قانون أتينيا Atinia الذي حرّم تملك الأموال المسروقة بالتقادم ولو كان واضع اليد حسن النية، ما لم يُعِدِ المال إلى مالكه. كذلك صدر قانون جوليا (Julia) وبلوتيا Plautia حوالى عام 63 ق.م. و46 ق.م. يمنعان واضع اليد من تملك المال بالتقادم إذا اغتصبت حيازته بالقوة[1].

كما صدرت عدة قوانين لحماية الأشخاص الضعفاء كقانون أتيليا (Atilia) الصادر عام 176 ق.م. وقد أعطى للبريتور حق تعيين وصي على الصغير الذي لم يعين رب الأسرة وصياً له ولم يوجد له أقارب من الأعصاب. كذلك صدر قانون بليتوريا Plaetoria الذي تضمن عقوبات بالنسبة لمن يستغلّ القاصر دون 25 سنة لعدم خبرته، وقد انتهى التطور في هذا المجال إلى إخضاع القاصر لنظام القوامة.

وفي نطاق الدعاوى المدنية صدر قانون بوتليا بابريا وقد سبقت الإشارة اليه، وقد منع هذا القانون الدائن بمقتضى عقد القرض القديم من استعمال دعوى القاء اليد. كما صدر قانون Silia الذي أدخل دعوى الإعلان إلى الدعاوى التقريرية. ولعل أهم قانون صدر في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد هو قانون إيبوتيا Aebutia الذي أدخل نظام المرافعات الكتابية القائم على نظام البرامج، وهو عبارة عن محرر يحرره الحاكم القضائي، يحدد فيه موضوع النزاع ومهمة القاضي بناء على طلب الطرفين.

---

(1) الدكتور محمد عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدراوي: المرجع السابق ص 65.

المطلب الثاني

الفقه[1] Jurisprudentia

ظهور الفقه المدني

كان رجال الدين في العصور الأولى للقانون الروماني يحتكرون علم القانون وتفسيره في وقت سادت الشكلية في الدعاوى والتصرفات القانونية. ولم يقض صدور قانون الألواح الاثني عشر على هذا الاحتكار، فقد ظل القضاة يلجأون إلى رجال الدين لأخذ رأيهم فيما يشكل عليهم من مسائل.

ولقد حدث تطور هام في السنوات الأخيرة من القرن الرابع قبل الميلاد إذ بدأ الفقه المدني يحلّ محل الفقه الديني، وكان ذلك عن طريق نشر صيغ الدعاوى الرسمية التي كان يحتكرها رجال الدين.

ففي عام 312 ق.م. إستطاع أحد كتاب حاكم الإحصاء ويدعى (فلافيوس) جمع معظم صيغ الدعاوى، ونشرها في مجموعة رسمية ونشر تقويماً لأيام التقاضي.

وفي فترة لاحقة تمكن أحد رجال العامة من الوصول إلى منصب رئيس الكهنة وكان يجيب علناً على أسئلة الأفراد، وأوجب على رجال الدين إعطاء استشاراتهم بصورة علنية، وبذلك انتهى احتكار رجال الدين لتفسير القانون وبدأت مرحلة جديدة من مراحل تطور القانون الروماني.

دور الفقهاء

رغم حلول الفقهاء محل رجال الدين في تفسير القانون، فإنّ علم القانون بقي من مشاغل الطبقة الراقية، وهم في الغالب أصحاب المناصب والنبلاء، ولم يكن الفقهاء أقل من رجال الدين سلطة ومنزلة، وكانت مهمتهم تنحصر في ثلاث وظائف أساسية:

الوظيفة الأولى: **الإفتاء (Respondere)**، إذ كان الفقيه يتولى الإجابة على استشارات، سواء تقدم بها الأفراد أو الفقهاء أو الحكام أنفسهم.

---

(1) أنظر بالتفصيل: (G.) May: Elements de droit romain, (1920), N° 9. p. 29 et S.

الوظيفة الثانية: **التوثيق (Cavere)**، حيث كان يقوم الفقيه بتحرير العقود وجميع التصرفات القانونية الأخرى التي كانت تستلزم استعمال عبارات رسمية.

الوظيفة الثالثة: **المقاضاة (Agere)**، ولم يكن يقصد بها الدفاع عن الأفراد أمام القضاء، وإنما يقصد بها مساعدة الأفراد في اختيار صيغ الدعاوى التي تحمي حقوقهم عن طريق تدعيم الفقيه لرأيه الاستشاري الذي أبداه لصاحب المصلحة.

وقد تطوّر دور الفقهاء في أواخر العصر الجمهوري واتجه فقههم إلى خلق مبادئ قانونية جديدة تطبق على ما يستجد من مسائل، وذلك بفضل الصيغ الرسمية التي كان يعدها الفقهاء ويصيغون بها العرف في أوضاع جديدة، إلى جانب الوظيفة التعليمية للفقهاء ووضع وتصنيف الكتب والمؤلفات القانونية[1].

أشهر فقهاء القانون القديم

أشار الفقيه بمبونيوس Pomponius أحد فقهاء العصر العلمي إلى فقهاء هذا العصر ويهمنا أن نذكر أشهرهم وهم:

- **الفقيه باتيس S.A.Paetus**. وينسب إليه بمبونيوس بأنه أول من وضع مؤلفاً في القانون يحتوي على ثلاثة أقسام، بحيث تضمّن القسم الأول تعليقاً على قانون الألواح الاثني عشر، وتضمّن القسم الثاني التفسير والشرح المكمل لقانون الألواح الاثني عشر، أما القسم الثالث فاشتمل على صيغ الدعاوى التي نشرها فلافيوس والصيغ الجديدة التي ظهرت بعد ذلك.
- **الفقيه كاتو M.P. Cato**، وقد نال شهرة واسعة في المجال القانوني فضلاً عن شهرته في مجال الخطابة والسياسة، وترك مؤلفات كثيرة في التفسير الفقهي وشروحاً في القانون المدني.
- **الفقهاء مانليوس M. Manilius وبروتس Brutus وسكافولا M. Scaevola**،

(1) الدكتور عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، ص 71 ـ 72.

وقد اعتبرهم بمبونيوس مؤسسي فقه القانون المدني. وقد امتازت مؤلفات بروتس بأنها وضعت في صورة حوار مع ابنه، على غرار الطريقة التي كانت شائعة عن فلاسفة اليونان.

- الفقيه روفوس **Rufus** والفقيه توبيرو **Tuybero**، هما تلميذان للفقهاء الثلاثة الذين سبق ذكرهم. وقد ظهر تأثرهما بالفلسفة اليونانية (فلسفة الرواقيين) واضحاً، حيث بدأت تغزو الثقافة الرومانية منذ ذلك الوقت.

المطلب الثالث

القانون البريتوري Jus Praetorium

وظيفة البريتور

عند إتساع الدولة الرومانية وازدياد أعباء الحكم على القناصل، لجأوا إلى تعيين بعض الحكام للإستعانة بهم في إدارة شؤون الدولة، وقد أنشئت وظيفة البريتور المدني عام 367 ق.م.، ليتولى الفصل في المنازعات التي كانت تثور بين المواطنين الرومان. وكانت سلطة البريتور تنحصر في الإستماع إلى إدعاءات الطرفين وإحالتهما بعد ذلك إلى حكم يتولى الفصل في النزاع، وبقي لرجال الدين الهيمنة على سير الإجراءات القانونية واحتكار صيغ الدعاوى.

وعندما تخلّص القانون الروماني من سيطرة رجال الدين، إتسعت سلطات البريتور وأصبح يقوم ببيان القواعد القانونية بشأن المنازعات المعروضة، بحيث يلتزم بها القاضي أو الحكم عند الفصل في النزاع. ولكن سلطات البويتور في ابتكار قواعد قانونية جديدة لم تظهر بشكل بارز إلا بصدور قانون إيبوتيا في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد الذي أجاز للأفراد شرح إدعاءاتهم بدون إجراءات رسمية ثم اختيار صيغة الدعوى المناسبة.

وبذلك حلّ البريتور محل رجال الدين والفقهاء في عملهم القانوني وأصبح المهيمن على نظام الدعاوى والمرافعات، ومن جهة أخرى فإن عمله لم يقتصر على منح صيغ لحقوق يحميها القانون المدني بل أوجد صيغ دعاوى لحماية مراكز قانونية لم يكن يحميها هذا القانون.

المنشور البريتوري Edictum

كان لكل حاكم أن يضع الخطة التي سيسير عليها عن طريق إصدار منشور أثناء ولايته التي تمتد لفترة سنة واحدة. وتعتبر أهم المنشورات التي ساهمت في تكوين القواعد القانونية المنشورات الصادرة عن الحكام بما لديهم من سلطات قضائية أو سلطات إدارية، كمنشورات البريتور المدني أو بريتور الأجانب أو حكام الأسواق ومنشورات حكام الأقاليم في المستعمرات.

ولم تصبح لهذه المنشورات الأهمية الكبيرة إلا بعد صدور قانون إيبوتيا الذي أدخل نظام دعاوى البرامج، كما أن هذه المنشورات لم تكتسب صفة الثبات والإستمرار إلا في أواخر العصر الجمهوري وأوائل عصر الامبراطورية العليا، وستتكلم بالتفصيل عن هذه المنشورات عند دراستنا لمصادر القانون في العصر العلمي.

الوسائل البريتورية لتطوير أحكام القانون

إلى جانب سلطاته القضائية المتمثلة بتحديد النزاع وإحالته إلى الحكم كان البريتور يتمتع بسلطات إدارية بصفته حاكماً عاماً له حق توجيه الأوامر والنواهي إلى الأفراد. ولم يكن للبريتور قبل صدور قانون إيبوتيا أن يرفض سماع دعوى يقرّها القانون المدني، لذلك فقد لجأ إلى اتباع وسائل مستمدة من سلطاته الادارية للتخلص من جمود القانون المدني. ويمكن حصر هذه الوسائل في أربع وهي: الأوامر البريتورية، الاشتراطات الريتورية، التمكين من الحيازة ورد الشيء إلى أصله.

1 ـ الأوامر البريتورية Interdicta[1]

وهي الأوامر والنواهي التي يصدرها البريتور بما لديه من سلطة إدارية في الدعاوى الخاصة بناء على طلب أحد الأفراد. وقد تكون تكليفاً بالقيام بعمل ما أو الامتناع عن القيام بعمل معين، ومثال ذلك أن يأمر برد شيء انتزع من المدعي، أو أن ينهي عن التعرّض للمدعي في حيازته القائمة وتسمى أوامر استبقاء الحيازة، وقد كان القانون المدني خالياً من مثل هذه الأحكام.

---

(1) استمر العمل بهذه الأوامر منذ العام 200 قبل الميلاد وحتى بعد صدور قانون ايبوتيا عام 130 ق.م. بسبب سهولة إجراءاتها وسرعة تنفيذها.

وقد لا ينفّذ من وجّه اليه الأمر ويعامل كما لو كان مديناً لا يريد القيام بالتزامه. ويقوم البريتور بناء على طلب الطرف المتضرّر بإعداد دعوى قضائية وتعيين قاضٍ لينظر في مدى صوابية معارضته.

2 ـ الإشتراطات البريتورية Stipulationes praetoriae

كانت تقع بعض الأحداث التي تخول دعوى تعويض طبقاً للقانون المدني، من هنا فإن البريتور كان يلجأ إلى فرض تعهّد أو وعد إحتمالي على المسؤول بالتعويض. ولكي يصبح هذا الوعد ملزماً كان ينبغي أن يتم في صيغة إشتراط بناء على تكليف من البريتور، فهذه الاشتراطات ليست إدارية محضة أو إتفاقية. بل هي إشتراطات بريتورية وقد تكون غايتها ضمان سير الدعوى فتسمى بالاشتراطات القضائية، وقد تكون لحماية حق لا يعترف به القانون المدني وتسمى بالاشتراطات التأمينية، وقد تهدف للغرضين معاً فتسمى اشتراطات مختلطة.

ومن الأمثلة الشائعة الإشتراط الذي كان يفرض على المنتفع قبل بدء الإنتفاع بالتعهد بالمحافظة على العين وردها بعد الانتفاع، ولم يكن القانون المدني يوجب هذا الإلتزام على المنتفع. كذلك الإشتراط الذي يفرض على الوصي بأن يتعهد بالمحافظة على أموال القاصر.

ومن الأمثلة أيضاً الاشتراط الذي يفرض على مالك بناء مهدد بالسقوط بالتعهد بتعويض الجار لما قد يحصل من أضرار في حال تهدم البناء وحصول ضرر للجار.

فإذا تم الوعد طبقاً لأمر البريتور فإن الواعد يلتزم التزاماً مدنياً، فإذا لم يقم بالتنفيذ أمكن رفع دعوى ضده، وبهذه الوسيلة تمكن البريتور من تقرير جزاءات على أفعال لم ترد ضمن أحكام القانون المدني[1].

3 ـ التمكين من الحيازة Missio in (possessionem)

وهي عبارة عن وسيلة تتم بإذن البريتور وتخوّل الشخص أن يستولي على مال الغير ويحوزه حيازة مادية دون أن تنقل الملكية إليه.

---

(1) G. May: op. cit., N° 301, pp. 689- 690.

ومن أمثلة ذلك الأحوال التي يرفض فيها الشخص التعهدَ باشتراط البريتور، فيلجأ هذا الأخير لإجباره على هذا التعهد، كنقل حيازة البناءِ إلى الجار في حال رفض المالك التعهد بتعويض الأضرار للجار في حال سقوط البناء، كذلك نقل حيازة أموال المدين إلى دائنيه كإجراء تحفظي كي لا يعمل المدين على تهريبها أو التصرف فيها.

4 ـ ردّ الشيء إلى أصله (Restitutio in integrum)

تعتبر من أخطر الوسائل التي لجأ إليها البريتور لأنها لا تقتصر على تفسير القانون بل تخالفه وتلغيه في بعض أحكامه، ويترتب على صدور الأمر إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على تصرف معين واعتباره كأنه لم يكن، لذلك فقد قيّد البريتور استعمال هذه الوسيلة بعدة قيود لكي تعتبر صحيحة.

فلا تمنح هذه الوسيلة إلا إذا لم توجد وسيلة أخرى لطلب البطلان بدعوى من الدعاوى المدنية أو البريتورية. ويقوم البريتور بالتحقيق في النزاع بنفسه فإذا اقتنع أصدر أمراً خاصاً بهذه الوسيلة. إلى جانب ذلك فقد اشترط طلب هذه الوسيلة خلال مدّة معيّنة حددت بسنة في العصر العلمي تبدأ من وقت اكتشاف الغش، أو بلوغ القاصر، أو إرتفاع الإكراه، أو عودة الغائب إلى روما[1].

ومن أهم الحالات في هذا المجال حالة التصرفات المشوبة بتدليس أو إكراه، فهذه التصرفات كانت تعتبر صحيحة طبقاً لأحكام القانون المدني ما دامت قد تمّت بالصورة الرسمية التي نصّ عليها. وقد تدخل البريتور مستنداً إلى مبادئ العدالة وحسن النية وسمح للمتعاقد بإبطال العقد المشوب بتدليس أو إكراه وإزالة التصرف بجميع آثاره.

ومن هذه الحالات أيضاً القاصر دون الخامسة والعشرين الذي يغبن في تصرفاته، وحالة الموت المدني حتى يمكن للدائنين من التنفيذ على أموال المدين الذين فقد شخصيته، وحالة الغائب الذي يفقد أمواله بسبب وضع يد الغير عليه فللبريتور أن يعتبر وضع اليد كأنه لم يكن ويأمر برد الشيء إلى أصله.

---

(1) وفي عهد جستنيان حددت المدة بأربع سنوات.

المطلب الرابع

قانون الشعب Jus Gentium

أسباب ظهور قانون الشعوب

لم يكن للأجانب في القانون الروماني القديم أية حقوق، ولم يكن يعترف لهم بالشخصية القانونية، بل كانوا يعتبرون أعداء يحلّ قتلهم واسترقاقهم. وفي مرحلة لاحقة تمتع هؤلاء الأجانب بحماية خاصة كما إذا خضع هؤلاء للروماني بصفة دائمة واعتبارهم من نزلائه. كما كانت هنالك طائفة من الأجانب تتمتع بحماية عامة وهي حماية الدولة وذلك بموجب معاهدات عقدها الرومان مع الدول التي يتبعها هؤلاء الأجانب. وكان يمنح للأجانب حق الزواج وحق التعامل، أي مباشرة التصرفات القانونية ولم يكن لهم حق التقاضي، بل كان لهم حق اختيار محكمين للفصل في منازعاتهم، وبذلك بقي القانون المدني يطبق فقط على الرومان وحدهم دون الأجانب.

وعلى أثر إتساع الفتوحات الرومانية وازدياد عدد الأجانب في الدولة الرومانية واتساع نطاق العلاقات التجارية والاقتصادية، كان لا بدّ من وجود قواعد قانونية جديدة تحكم هذه الحالات وتنظم علاقات الأجانب بالرومان أو علاقات الأجانب بعضهم ببعض فظهر ما يعرف بقانون الشعوب. وبذلك اعتبر هذا القانون ثمرة عدم إعتراف الرومان بالقوانين الأجنبية، وعدم قبولهم بتطبيق أحكام قانونهم المدني على الأجانب[1].

وظيفة بريتور الأجانب

أنشئت وظيفة بريتور الأجانب عام 242 ق. م. ليتولى الفصل في المنازعات التي كانت تثور بين الأجانب أو بينهم وبين الرومان. ويرجع الفضل في تكوين قانون الشعوب إلى مجهود بريتور الأجانب الذي تخطى الأوضاع الرسمية التي كانت تسير عليها الدعوى أمام البريتور المدني. فقد كان الأطراف يشرحون نزاعاتهم بشكل عادي وخالية من كل صيغة رسمية، ثم يقوم البريتور بتحرير وقائع الدعوى في برنامج مكتوب، وكان النزاع يحال بعد ذلك إلى هيئة

(1) Sir Henry Summer Maine: Ancient law, London 1883, p. 50.

المحكمين بعد أن يكون البريتور قد بيّن لهم مهمتهم في الحكم. وعن طريق هذا النظام أدخل نظام الدعاوى الكتابية الذي أخذ به فيما بعد قانون إيوتيا.

وكان بريتور الأجانب يعمل على إنشاء أحكام ونظم جديدة بالنسبة للمسائل التي كانت تعرض عليه ولم يرد بشأنها قواعد تحكمها. وقد اقتبس هذه الأحكام من عادات الشعوب المجاورة والمعاملات التجارية التي كان يتبعها الأجانب في روما. وقد كان أثر هذه الوسيلة واضحاً، إذ أن قواعد القانون المدني بدأت بدورها تتخلى عن الشكليات، وبدأ البريتور المدني يتبع الأسلوب الذي أخذ به بريتور الأجانب بالنسبة للرومان أنفسهم فاندمج بذلك قانون الشعوب في القانون المدني، فالعقود الرضائية التي عرفها القانون الروماني وهي البيع والإجارة والوكالة والشركة كان منشؤها قانون الشعوب.

مدى تأثير قانون الشعوب في القانون المدني

رأينا أن قواعد قانون الشعوب مستمدّة من أنظمة الشعوب الأجنبية التي أخضعها الرومان لسيطرتهم. ولقد كان لفقهاء الرومان الذين قبلوا فكرة القانون الطبيعي[1] تحت تأثير الفلسفة اليونانية أن استعاروا بعض النظم التي وجدت في قانون الشعوب وعملوا على تطويرها بما يتلاءم مع ظروف الحياة الرومانية الجديدة. وكان من أهم الظروف التي عملت على تغليب قانون الشعوب تطور التجارة الدولية، وإتصال الرومان بالفلسفة الاغريقية التي عملت بدون شك على انفتاح الرومان على الشعوب الأجنبية، ومن ثم تأثر القانون المدني بعادات وثقافات هذه الشعوب. إضافة إلى مجهود بريتور الأجانب الذي أخذ عنه البريتور المدني بعض المبادئ الهامة كمبدأ حسن النية في المعاملات.

وهكذا انتقلت قواعد قانون الشعوب إلى القانون المدني وخاصة تلك التي تتعلق بالعلاقات التجارية الخارجية، واستطاع الشراح أن يقرروا أن قانون الشعوب جزء من القانون المدني. ولقد ترتب على ذلك أن اكتسبت أنظمة

(1) اعتبر القانون الطبيعي على رأس القوانين باعتباره قانون الإنسان يدخل فيه البشر جميعاً دون النظر إلى موطن أو جنس أو لون أو عقيدة. أما قانون الشعوب فليس إلا تطبيقاً جزئياً للقانون الطبيعي على الإنسان باعتباره عضواً في مدينة، ولهذا فإنه أقرب إلى القانون الطبيعي ولكنه لا يتطابق معه بشكل تام. أما القانون المدني الروماني فهو قانون الإنسان الذي يعيش في مدينة معينة فهو أقل من قانون الشعوب منزلة لأنه أكثر ابتعاداً عن القانون الطبيعي من قانون الشعوب.

قانون الشعوب التحديد والوضوح والقوة مما ضمن لها البقاء كالأعمال الأخرى الكبيرة التي أنتجها الرومان.

وتجدر الملاحظة إلى أن دخول المبادئ الجديدة لقانون الشعوب لم يؤد إلى إحلاله محل القانون الروماني، ولكنه قام إلى جانبه في كافة الأمور الجوهرية. وقد نشأ صراع منذ ذلك الحين بين هذين النظامين عاصر تطور القانون خلال العصور المتعاقبة وأدى إلى وجود مظاهر متعددة للتداخل بين القانونين[1].

(1) الدكتور توفيق حسن فرج: القانون الروماني، ص 65.

الفصل الثالث

العصر العلمي (L'époque Classique)
أو عصر الامبراطورية العليا[1]
(130 ق.م. - إلى 284 م)

تمهيد وتقسيم

يعتبر العصر العلمي من أهم عصور القانون الروماني حيث انتقل القانون من مرحلته البدائية إلى مرحلة متقدمة من النضج والرقي والازدهار. يبدأ هذا العصر بصدور قانون إيبوتيا عام 130 ق.م. وينتهي بحكم الامبراطور دقلديانوس عام 284 ق.م.[2].

نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ويتضمن دراسة المراحل المختلفة للعصر العلمي.

المبحث الثاني: ويشتمل على دراسة مصادر القانون في العصر العلمي.

المبحث الأول

المراحل المختلفة للعصر العلمي

أولاً: صدر العصر العلمي L'époque- pré- Classique

حدود ومميزات هذه المرحلة

---

(1) أنظر بالتفصيل: James H. Breasted: Ancient times, N.Y 1944, p.p. 679- 742.

(2) ومن الشراح من يعتبر أن هذا العصر يبدأ بقيام النظام الامبراطوري على يد أوغسطس عام 27 ق.م، وينتهي ببداية ولاية الامبراطور قسطنطين سنة 305 م. وهو أول الأباطرة المسيحيين.

شملت هذه الفترة العهد الأخير من العصر الجمهوري حتى بداية ولاية الامبراطور أغسطس عام 27 ق.م. ولقد تميّزت باتساع فتوحات روما حول البحر الأبيض المتوسط ومصر وقرطاجة وبلاد الغال وبريطانيا.

وقامت خلال هذا العهد أيضاً ثورة اللاتين من سكان المستعمرات الإيطالية مطالبين بمساواتهم بالرومان. وقد كادت تؤدي هذه الثورة إلى القضاء على روما لولا صدور قانون جوليا Lex julia عام 90 ق.م. الذي منح الجنسية الرمانية لجميع اللاتينيين من سكان إيطاليا وأصبح القانون الروماني يطبق على جميع أهالي إيطاليا.

كما امتازت هذه الفترة بالتنازع بين قيادات الجيش، فقد أصبح الجيش يتكوّن من جنود مرتزقة يعملون تحت أمرة قادتهم، وكثيراً ما كان يستغلّ هؤلاء القادة سلطتهم وتوجيه جنودهم في سبيل تحقيق أطماعهم الشخصية. وقد انتهى هذا التنازع بالقضاء على النظام الجمهوري وقيام النظام الامبراطوري على يد اكتافيوس الملقب بأغسطس[1].

ولم يطرأ تغيير جذري على النظام السياسي فقد بقيت الهيئات السياسية الثلاث موجودة من حكام ومجلس الشيوخ ومجلس الشعب، إلا أنه يلاحظ ازدياد سلطات مجلس الشيوخ من الناحية السياسية والإدارية. فقد أصبح له حق إعلان الحرب وعقد المعاهدات ووضع الميزانية، كما أصبح له حق تعيين الحكام العموميين حكاماً على الأقاليم بعد انتهاء ولايتهم.

ومن الناحية التشريعية أصبح لمجلس الشيوخ الحق في أن يشير على الحكام باتخاذ اجراء معين وهو ما كان يسمى بمشورة الشيوخ Senatus consultum دون أن تكون هذه المشورة تشريعاً بالمعنى الحقيقي.

أما بالنسبة للمجالس الشعبية فقد احتفظت باختصاصاتها السابقة مع استمرار ضعف سلطات مجلس الشعب القديم.

---

(1) منح هذا اللقب من قبل مجلس الشيوخ، وكان الاسم الخصوصي لمنصبه، و(أغسطس) لفظة لاتينية معناها «الأول»، أي أول الأهالي، كما منح لقب (الامبراطور) وهو من الألقاب التي كانت تمنح للقائد.

العصور القديمة، ترجمة داوود قربان، ص 574.

أثر الثقافة الاغريقية في القانون الروماني

لم تكن التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي غزت المجتمع الروماني نتيجة لاتساع روما لها التأثير الوحيد في المجال القانوني، بل كان للثقافة اليونانية أثرها البارز في تطور الفكر القانوني رغم وجود بعض المثقفين الرومان الذين وقفوا ضد تيار الثقافة اليونانية.

ولقد كان لوجود فلاسفة اليونان في روما والذين عملوا على نشر مبادئهم الفلسفية، كذلك وجود طلبة العلم من الرومان في اليونان أثره في المجال الديني وفي المجال القانوني.

ففي المجال الديني فقد قلّ تمسك الرومان بالمعتقدات الرومانية التقليدية وضعفت الروح الدينية لديهم، وهذا ما شجّع المسيحية لدخول المجتمع الروماني وتقبلها بسهولة فيما بعد.

أما في المجال القانوني فقد تأثّر الرومان بطريقة اليونان في تقسيم وتبويب المؤلفات القانونية تقسيماً منطقياً. وفي مجال التفسير القانوني فقد تعدّى الرومان الاعتماد على التفسير اللفظي الذي يستند على الألفاظ والمباني وتبنوا التفسير المنطقي الذي يستند إلى المقاصد والمعاني، والذي يرمي إلى الاعتداد والبحث عن قصد الشارع وإرادة المتعاقدين الحقيقية.

فطبقاً للقواعد القديمة عند الرومان لم يكن التصرف ينتج آثاره إلا وفق أشكال ورسميات محددة، ولكن تحت تأثير الفلسفة الاغريقية فقد أصبحت القاعدة الجديدة تلزم مراعاة حسن النية في التصرفات القانونية وبتغليب قصد المتعاقدين على الشكل، فإذا كانت إرادة المتعاقدين مشوبة بغش أو بعيب من العيوب المفسدة لها كان للقاضي أن يقضي بإبطال التصرف، وبصفة عامة أصبحت المبادئ القانونية ترتكز على العدالة، وحسن النية في المعاملات واحترام إرادة المتعاقدين في التصرفات القانونية[1].

---

(1) الدكتور عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص 86 ـ 87.

ثانياً: العصر العلمي (L'Epoque Classique)

مميزات هذا العصر:

يبدأ هذا العصر بتولي الامبراطور أغسطس السلطة عام 27 ق.م. وينتهي بنهاية حكم أسرة سيفير Sévére الـــورية عام 235 ب.م. يطلق على هذا العصر عصر الامبراطورية العليا لما امتاز به من مجد ورخاء، وتمييزاً له عن العصر اللاحق عصر الامبراطورية السفلى الذي اعتبر عصر التدهور والانحلال للامبراطورية الرومانية.

لقد تمكّن أغسطس من إحداث إنقلاب هام في المجال السياسي إذْ ألغى النظام الجمهوري وأقام نظام الحكم المطلق ونصب نفسه امبراطوراً على البلاد. وقام النظام الجديد على أساس اقتسام السلطة بين الامبراطور ومجلس الشيوخ ولهذا عرف هذا العصر بنظام الحكم الثنائي. وهذا الأمر لا ينطبق إلا على الفترة التي تولّى فيها الحكم الامبراطور أغسطس، إذ سرعان ما تطور النظام الثنائي إلى حكم مطلق تركزت فيه السلطة في يد الامبراطور.

لقد استمرت هيئات الحكم السابقة في هذا العصر وهي المجالس الشعبية، ومجلس الشيوخ، والحكام، وبرزت سلطة الامبراطور في النظام الجديد لتحل تدريجياً محل السلطات الأخرى. ونتكلم في الفقرات التالية عن هذه الهيئات.

مجالس الشعب

بدأت هذه المجالس تفقد صلاحياتها في أواخر عصر الجمهورية، فزال اختصاص هذه المجالس في القضاء الجنائي، كذلك زال حق التظلم أمامها منذ أوائل العصر الامبراطوري وأعطي هذا الحق للامبراطور.

لقد احتفظت هذه المجالس باختصاصها التشريعي، واختصاصها في تعيين الحكام القدماء طيلة عهد الامبراطور أغسطس. غير أن هذه السلطات بدأت تنتقل إلى مجلس الشيوخ فيما بعد. فقد إنتقل حق إختيار الحكام إلى مجلس الشيوخ في عهد تيبير Tibère خليفة أغسطس. كما فقدت المجالس الشعبية في

أواخر القرن الأول للميلاد سلطاتها التشريعية لتنتقل إلى مجلس الشيوخ.

مجلس الشيوخ

آلت إلى مجلس الشيوخ في هذا العصر صلاحيات مجالس الشعب سواء فيما يتعلق باختيار الحكام أما فيما يتعلق بالقرارات التشريعية. وأصبح لمجلس الشيوخ سلطات قضائية منذ عهد الامبراطور أغسطس فيما يتعلق بقمع الجرائم المجاوزة للحدود التي تتعلق بالمتعهدين لجباية الضرائب المفروضة على المكلفين.

الحكام

لم يقضِ النظام الجديد على وظائف الحكام إلا أن سلطاتهم قد تضاءلت إلى حد كبير، وأصبحوا من ناحية الواقع الأداة التنفيذية لمجلس الشيوخ الذي انتقلت اليه سلطة اختيارهم وتوجيههم.

سلطة الامبراطور

جمع الامبراطور في يده السلطات التي كان يتولاها بعض الحكام في العصر الجمهوري، وقد تولّى هذه السلطات بشكل منفرد وطوال حياته، وتمتع الامبراطور منذ عهد أغسطس بثلاثة سلطات أساسية:

1 ـ سلطة الولاية العامة (Imperium)؛ وهي سلطة الأمر العليا على كافة أنحاء الامبراطورية وقيادة الجيش. وبمقتضى هذه الولاية يباشر الامبراطور السلطات السياسية والحربية التي كان يباشرها حكام الأقاليم من قبل.

2 ـ سلطة حكام العامة (Tribunicia Potestas)؛ وتخوّل الامبراطور حق التقدم بمشروعات القوانين لمجالس العامة ولمجلس الشيوخ. كما كان للامبراطور حق الاعتراض على قرارات الحكام.

3 ـ سلطة الرئيس الديني (Pontificat)؛ وتخول الامبراطور حق التدخل في الشؤون الدينية واختيار رجال الدين، إلى جانب ذلك فلقد تمتع الامبراطور بسلطات حاكم الإحصاء.

وكان يعاون الامبراطور في تحمل أعباء المسؤولية مجلس إستشاري

يسمّى مجلس الامبراطور (Consilium principis) يختص بالنظر في المسائل التي يعرضها عليه الامبراطور لأخذ رأيه. وكان يضمّ المجلس الامبراطوري كبار الموظفين والفرسان وأعضاء مجلس الشيوخ. وفي عهد الامبراطور هادريان ضمَّ إلى هذا المجلس كبار الفقهاء الذين كانوا يعاونون الامبراطور في تولي الأعمال القضائية ويعدّون له الأوامر الامبراطورية.

أما بالنسبة لاختيار الامبراطور فلم يكن يتمّ عن طريق الوراثة، بل عن طريق مجلس الشيوخ الذي كان يتعرّض في اختياره لضغط سلطة الجيش في غالب الأحيان.

وكان بعض الأباطرة يختارون خلفهم عن طريق التبني أو عن طريق الوصية أو عن طريق إشراك الخلف في الحكم أثناء حياتهم، وغالباً، ما كان مجلس الشيوخ يصادق على هذا الاختيار[1].

ثالثاً: أواخر العصر العلمي اللاحق (L'Epoque post-classique)

تميزَ هذه الفترة التي شملت الشطر الأخير من العصر العلمي حتى نهاية القرن الثالث للميلاد بالانحطاط والتدهور في النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية.

فمن الناحية السياسية وبسبب عدم وجود نظام ثابت للعرش فقد أدى هذا الوضع إلى الإضطراب وعدم الإستقرار، وهذا ما شجع بالتالي القبائل البربرية الشمالية على الإغارة على الامبراطورية الرومانية والاعتداء عليها.

كما أدّى التدهور السياسي إلى التدهور الاقتصادي أيضاً، فانهارت قيمة النقد وارتفعت الأسعار وهذا ما دفع ببعض الأباطرة إلى اتخاذ خطوات لتحديد الأجور وتثبيت الأسعار ووضع جزاءات صارمة على مخالفتها[2].

أما من الناحية الاجتماعية فقد قام الصراع بين طبقة الأثرياء وطبقة الفقراء، وامتد هذا الصراع داخل طبقة الأثرياء نفسها بين طبقة النبلاء وطبقة

---

(1) R. Monier: Op. Cit., p. 62.

(2) أصدر الامبراطور دقلديانوس عام 301 ميلادية مرسوماً بتحديد الأجور وأسعار الحاجيات وكان الجزاء على مخالفة الأسعار واحتكار السلع هو الموت.

الفرسان حول النفوذ السياسي[1]. وقد استغل قادة الجيوش هذه الظروف واستولوا على السلطة معتمدين على الجيش وعلى طبقة الفقراء التي كانت تكوّن غالبية الشعب، وبذلك أضحى مصير الامبراطور في أيدي هؤلاء، وهذا ما أفقده الكثير من الاحترام والسلطة التي كان يتمتع بها في السابق[2].

وكان لا بدَّ لهذه الأحوال أن تؤثر على الناحية القانونية التي أخذت بدورها تتجه إلى الضعف والجمود. فاختفت المؤلفات القانونية القيمة وتوقف نشاط الفقهاء وأصبحت الدساتير الامبراطورية هي المصدر الأساسي للقانون.

المبحث الثاني

مصادر القانون في العصر العلمي

تمهيد وتقسيم

تعدّدت مصادر القانون في هذا العصر، فرغم وجود المصادر التي عرفناها في العصر السابق من عرف أو تشريع أو منشورات أو فقه، فقد كان للنظام السياسي الجديد الأثر الواضح في تطوير المصادر السابقة وانتقلت بعض الاختصاصات التشريعية إلى هيئات أخرى بسبب ازدياد نفوذها في هذه الفترة.

لقد انتقلت السلطة التشريعية من مجلس الشعب إلى مجلس الشيوخ ومن ثم إلى الامبراطور بصورة دساتير امبراطورية. كذلك اكتسبت المنشورات البريتورية صفة الثبات وانتهى الأمر بتجميع هذه المنشورات ومن ثم توقفت عند هذا الحد من التطور ولم تعد تكوّن مصدراً جديداً للقواعد القانونية. أما الفقه فقد كان له الدور الأساسي في التشريع حيث وصل إلى مرتبة عالية من سعة البحث والتهذيب العلمي واعتبر من المصادر الرسمية للقانون.

---

(1) وقد اشتد هذا الصراع رغم توحيد السكان من ناحية منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية بمقتضى دستور الامبراطور كراكلا عام 212 ميلادي.

(2) العصور القديمة، ترجمة داود قربان، ص 628 و629.

ونعرض في هذا البحث لمصادر القانون الأساسية في هذا العصر وذلك ضمن ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: التشريع.

المطلب الثاني: القانون البريتوري.

المطلب الثالث: الفقه.

المطلب الأول

التشريع

التشريع الصادر عن المجالس الشعبية

بقيت المجالس الشعبية ومجالس العامة حتى العهد الأخير من الجمهورية تصدر التشريعات من وقت لآخر بناء على اقتراح الحكام الجمهوريين. ومن أهم هذه التشريعات قانون كورنليا Cornelia الصادر عام 67 ق.م. والذي ألزم الحاكم باتباع منشوره مدّة حكمه دون أن يكون له حق تعديله، كذلك وجدت في هذه الفترة التشريعات الإدارية التي كانت تصدر من الحكام أو مجلس الشيوخ بناء على تفويض من المجالس الشعبية لتنظيم المدن والولايات.

وفي أوائل العصر الامبراطوري احتفظت المجالس الشعبية باختصاصتها التشريعية، فأصدرت في عهد أغسطس عدة قوانين تهدف إلى صيانة الأخلاق وتشجيع الزواج كقوانين جوليا (Julia) وقانون بابيا (Pappaea)، وكذلك قوانين أخرى ترمي إلى تحديد آثار العنف ومن حرية السيد في الإعتاق كقانون سانتيا (Selia Sentia) وقانون كانينيا (Caninia).

وبعد عهد أغسطس تضاءلت التشريعات الصادرة عن تلك المجالس واختفت نهائياً في أواخر القرن الأول للميلاد وانتقلت بذلك السلطة التشريعية إلى مجلس الشيوخ.

قرارات مجلس الشيوخ (Les Senatus consultes)

في العصر الجمهوري كان مجلس الشيوخ يتمتع باختصاص تشريعي غير

مباشر عن طريق الإشارة إلى الحاكم بإدماج حكم معين في منشوره. فإذا ما أراد البريتور إدخال تعديل في القانون الخاص فإن مجلس الشيوخ كان يشير عليه بإدخال التعديل المطلوب في منشوره.

واستمرت هذه الحالة حتى حكم الامبراطور هادريان (117 ـ 138) ميلادية حيث اعترف لمشورة الشيوخ بقوة التشريع فحلّت بذلك محل قرارات مجلس الشعب.

إلا أن هذا التطور لمصلحة مجلس الشيوخ لم يكن إلا مقدمة لانتقال هذه الصلاحيات إلى الامبراطور نفسه، حيث استطاع هذا الأخير أن يكتسب سلطاته بشكل تدريجي ومتزايد على حساب الهيئات الأخرى. وأصبحت القرارات الصادرة عن مجلس الشيوخ تسمى الخطبة (Oratio)، وكان يلقيها الامبراطور عند عرضه المشروع على المجلس شارحاً مبرراته. وهذا يدلّ على أن إرادة الامبراطور هي التي كانت محلّ اعتبار دون تعديل أو مناقشة. وفي مرحلة لاحقة باشر الامبراطور بإصدار القرارات التشريعية دون التستر وراء مجلس الشيوخ وأصبح بذلك المصدر الوحيد للتشريع، معتمداً في ذلك على قوته المستمدة من سلطته كقائد للجيش[1].

الدساتير الامبراطورية (Constitutions impériales)

يبدو أنه لم يكن للامبراطور صلاحيات تشريعية في بادئ الأمر، وكانت سلطته في الأصل تقتصر على حق التقدم بمشروعات القوانين أمام مجلس العامة ثم أمام مجلس الشيوخ، وهذا يعني بالمقابل عدم تمتعه بسلطة تشريعية يتولاها بشكل منفرد[2].

ولكن منذ عهد الامبراطور أغسطس أصبح مجلس الشيوخ يتمتع بحق إصدار تشريعات إدارية (Lex datae) بناء على تفويض من المجالس التشريعية، كما كان الامبراطور يتمتع بصلاحية إصدار منشورات باعتباره حاكماً عاماً للامبراطورية وتسري حتى في الولايات الخاضعة لحكم مجلس الشيوخ. وفضلاً عن ذلك كان الامبراطور يصدر تعليمات إلى حكام الأقاليم التابعة

(1) L.B. Curzon. Op. Cit., p. 12.
(2) R. Monier Op. Cit., p. 75.

لحكمه، كما كان يتولى الفصل ببعض القضايا بصفة ابتدائية أو إستئنافية، كما كان يصدر بعض الفتاوى المتعلقة ببعض المنازعات المرفوعة من الأفراد أو التي ترفع إلى المحاكم.

صور الدساتير الامبراطورية

يمكن القول أن صور الدساتير الامبراطورية هي المنشورات، الأحكام، الفتاوى، والتعليمات[1]. ونتكلم عن هذه الصور المختلفة[2].

1 ـ المنشورات (Edicta): وهي أوامر عامة كان يصدرها الامبراطور بصفته الحاكم الأعلى، إلى سكان الامبراطورية الرومانية أو إلى إقليم أو مدينة معينة. وكانت أحكام المنشورات تسري خلال فترة حكم الامبراطور، ولكن العادة جرت على استقرارها ما لم يقرر الخلف إلغاءها صراحة، وبذلك أصبحت هذه المنشورات منذ القرن الثالث الميلادي دائمة كالتشريع. أما من ناحية مضمونها فكانت تتناول في البداية بعض المسائل الإدارية والجنائية والقضائية، وما لبث أن تناولت بالتعديل والتغيير قواعد القانون الخاص خاصة في عصر الامبراطورية السفلى.

2 ـ الأحكام (Decreta): وهي الأحكام القضائية التي كان يصدرها الامبراطور في المنازعات التي كانت تعرض عليه، وتتوفّر فيها الأدلّة الكافية للفصل في النزاع، كما كان يمكن إستئناف الأحكام الصادرة من الحكام أو من مديري الأقاليم أمام الامبراطور. والأساس أن هذه الأحكام لا تتمتع بحجة إلاّ بالنسبة لطرفي النزاع، ولكن من ناحية الواقع فقد كان القضاة يصدرون أحكامهم وفق ما قضى به الامبراطور في الحالات المماثلة، وكثيراً ما كان الامبراطور يقرّر بأنه سوف يحكم في المستقبل بالقاعدة التي قررها في حكم من الأحكام.

3 ـ الفتاوى (Rescripta): وهي الآراء الفقهية التي كانت تصدر عن الامبراطور أو المجلس الامبراطوري بشأن إستشارات مرفوعة من الأفراد

(1) لم يدخل الفقيه جايوس وأولبيان التعليمات ضمن الدساتير الامبراطورية لكونها توجيهات ادارية تصدر للموظفين. ولكن من ناحية الواقع كانت تتضمن بعض القواعد القانونية.

(2) أنظر بالتفصيل: François Dumont; Manuel de droit Romain, T. I, Paris 1947, p. 191- 193.

أو الحكام. وكانت الفتوى تكتب على نفس كتاب الإستشارة، أما إذا كانت مطلوبة من الحكام فقد كانت تدوّن في رسائل خاصة.

وهذه الفتاوى كانت ملزمة للقاضي على خلاف فتاوى الفقهاء لأنها صادرة من الامبراطور صاحب السلطة العامة، وكانت هذه الفتاوى مقصورة حجّيتها على أطراف النزاع، ولكن الامبراطور كان يستطيع أن يجعل منها قاعدة عامة تطبق في جميع الحالات المماثلة، ومن ثم كان يلزم نشرها على الناس كبقية المنشورات[1].

4 ـ التعليمات (Mandata): وتتضمن التوجيهات الفردية التي كان يصدرها الامبراطور إلى حكام الأقاليم لضمان حسن سير الإدارة، أو لمنح بعض الامتيازات للجيش. وهذه التعليمات لا تلزم إلا الحاكم الذي وجهت اليه. وقد اعتبرت من مصادر القانون الامبراطوري لأنها كانت تتضمن في الواقع بعض القواعد الجنائية والمدنية التي كان يلتزم بها سكان الأقاليم.

المطلب الثاني

القانون البريتوري

إتساع سلطات البريتور في العصر العلمي

كانت سلطات البريتور في عصر القانون القديم تشمل السلطة الإدارية، أي سلطة إصدار أوامر ونواهي إلى الأفراد باعتباره حاكماً عاماً، كذلك كانت تشمل السلطة القضائية التي كانت تنحصر في سماع النزاع المعروض وإحالة هذا النزاع على القاضي ليفصل فيه، دون أن يكون للبريتور الحق في منح أو رفض دعوى لا يقرها نظام الدعاوى، لذلك فقد استطاع البريتور بما لديه من سلطة إدارية أن يعدّل بعض أحكام القانون المدني.

وازدادت سلطات البريتور القضائية بعد صدور قانون إيبوتيا بفضل نظام المرافعات الكتابية. فقد كان البريتور يضع برنامج الدعوى ويحرره ويثبت فيه إدعاءات الأطراف بعد الاستماع اليهم بدون إجراءات رسمية؛ ويحدد فيه أيضاً سلطة القاضي في الحكم. وبذلك أصبح للبريتور سلطة مطلقة في قبول

---

(1) G. May: Op. Cit. N° 16, p. 46.

الدعوى أو رفضها. ولقد أجاز قانون إيبوتيا للأفراد اللجوء إلى نظام المرافعات الكتابية أو إلى نظام دعاوى القانون.

وهكذا استطاع البريتور أن يدخل بعض المبادئ الجديدة بواسطة منشوره الذي اعتبر من أهم مصادر القانون الروماني خلال الفترة التي تلت صدور قانون إيبوتيا (عام 130 ق.م.) حتى أواسط عهد الامبراطورية العليا[1].

المنشور الدائم والمنشور الطارئ

المنشور الدائم هو المنشور الذي يعلنه البريتور عند بدء عام ولايته وينشره في الساحة العامة. ويتضمن عادة الخطة التي سيسير عليها لتنظيم القضاء والوسائل البريتورية المختلفة التي سيمنحها خلال فترة حكمه[2].

أما المنشورات الطارئة فهي المنشورات التي كان يصدرها البريتور بسبب ظروف طارئة ليعدِّل بها أحكام المنشور الدائم. وقد ألغي هذا النوع من المنشورات بصدور قانون كورنليا عام 67 ق.م. لما كان ينتج عنه من عدم استقرار للروابط القانونية.

كان المنشور ملزماً للحاكم الذي أصدره وكان سلفه يستطيع تعديله كما يراه مناسباً[3]. هذا من الناحية القانونية أما من الناحية الواقعية، فقد كانت القواعد التي تضمّنها المنشور السابق تنتقل إلى المنشور اللاحق، وهذا ما كوّن مع الزمن مجموعة من الأحكام الثابتة التي نادراً ما كان يصيبها التغيير. وقد أطلق على هذا الجزء من المنشور، الجزء المتداول تمييزاً له عن الجزء الجديد الذي كان يدخله البريتور في منشور سلفه.

ولقد امتد سلطان المنشور إلى جميع الأقاليم لأنّ الحكام كانوا يضعون منشوراتهم على غرار منشورات البريتور ونقل الأحكام الأساسية عنها. وبذلك أصبح المنشور مصدراً دائماً من مصادر القانون.

---

(1) الدكتور عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني: ص 99 ـ 100.

(2) فترة حكم البريتور كانت سنة وكان يسري خلالها المنشور الدائم دون تعديل، لذلك فقد أطلق عليه شيشرون القانون السنوي Lex Annua.

(3) وبذلك يختلف المنشور عن التشريع في كون هذا الأخير عاماً ودائماً، في حين أن المنشور يقتصر تطبيقه من حيث الزمان على مدة ولاية الحاكم ومن حيث المكان على دائرة اختصاصه.

رأينا أن البريتور بعد صدور قانون ايبوتيا أصبح المرجع في منح صيغة الدعوى أو عدم منحها. واستطاع البريتور أن يرفض الدعاوى رغم مطابقتها لأحكام القانون المدني إذا وجد أنها مخالفة لمبادئ العدالة وحسن النية، كما استطاع أن يحمي مراكز قانونية لم يكن يحميها القانون المدني. كما أعطى المدعى عليه حق الدفع Exceptio وبمقتضى هذا الحق يلتزم القاضي بأن يحقق ما تضمنه إدعاء المدعى عليه، فإذا ثبت صحته انتفت اداته والحكم عليه.

والأمثلة على الإصلاحات البريتورية كثيرة ونورد أهمها: بالنسبة لحماية الملكية التي كانت تكتسب بغير طريق القانون المدني، فملكية الأموال النفسية لا تنقل إلا بالإشهاد أو الدعوى الصورية، فإذا تصرّف المالك في مال نفيس واقتصر على تسليم العين فإن الملكية لا تنتقل إلى المتصرف إليه، فيستطيع المالك إسترداد المال لأنه ما زال مالكاً وفق أحكام القانون المدني. كما يستطيع المالك أن يتصرّف مرة ثانية بالاشهاد إلى شخص آخر يستطيع هذا الأخير بدوره إسترداد المال من المتسلم، وحماية للمتسلم فقد تدخل البريتور ومنحه الدفع بالغش ليدفع به دعوى المالك، كما منحه الدفع بالشيء المبيع والمسلم في مواجهة المتصرف اليه الثاني، ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد فقد منح البريتور للمتسلم دعوى الملكية لتمكينه من إسترداد المال إذا فقد حيازته، وأساس افتراض هذه الدعوى أن المتسلم قد أمضى المدة اللازمة للتقادم وأصبح مالكاً رومانياً.

كذلك حمى البريتور من تعامل تحت إكراه أو غش بدعوى ودفع وبطريق إعادة الشيء إلى أصله. فالقاعدة المقررة في القانون المدني أن التصرف القانوني ينتج جميع آثاره بمجرد إتمامه وفق الصيغ والاجراءات الشكلية ولو كانت الارادة مشوبة بإكراه أو تدليس. ولما كان هذا الأمر لا يتفق مع مبدأ العدالة وحسن النية فقد تدخل البريتور حماية لمن تعامل تحت تأثير الغش أو الإكراه جاعلاً منها جرائم يلتزم مرتكبها بدفع غرامة للمجني عليه.

وكذلك من هذه الحالات منح دعوى لمن نقل ملكية شيء لشخص آخر على سبيل الوديعة أو العارية أو الرهن لتمكينه من استرداد الشيء بعد انتهاء أجل الوديعة أو العارية أو الرهن، ولم يكن المودع لديه أو الدائن المرتهن أو المستعير يلتزم برد ملكية ما أخذه بالوسائل المقررة في نظام الدعاوى.

تجميع المنشور البريتوري

منذ أوائل العصر الامبراطوري بدأ المنشور البريتوري ينتقل من بريتور إلى آخر دون تعديل بسبب إزدياد سلطة الامبراطور وتدخله في التشريع والقضاء. ولقد جمع هذا المنشور في عهد الامبراطور هادريان الذي كلّف كبير فقهاء عصره جوليان بتجميعه في مجموعة رسمية صادق عليها مجلس الشيوخ وأصبحت ملزمة قانوناً لكل بريتور.

وهكذا توقّف المنشور عن التطور وأصبح الحكام يلتزمون بتطبيق المنشور كما هو دون تعديل أو تغيير. ورغم ذلك فإن هذا لم يمنع من ظهور الشروحات والتعليقات عليه وخاصة للفقيهين بول وأولبيان وهما من فقهاء العصر العلمي.

ولم تصل إلينا صورة المنشور الدائم كاملة. ولقد استطاع الفقيه الألماني لنل (Otto Lenel) سنة 1883 عن طريق الإستعانة بالنصوص الواردة في موسوعة جستنيان إعادة المنشور الدائم كما وضعه جوليان.

المنشور البريتوري والقانون المدني

كان البريتور يرمي من وراء إصدار منشوره إلى إيجاد أداة للتطبيق العملي للقانون المدني. فالمنشور البريتوري بعد أن تحوّل إلى مجموعة قانونية حقيقية في أواخر العصر الجمهوري أصبح وسيلة أساسية لتخفيف صرامة أحكام القانون المدني وما كان يترتب عليها من نتائج غير عادلة، إلى جانب ذلك فقد أصبحت هذه القواعد مكملة لما كان يشوب القانون المدني من نقص وقصور، وبعبارة أخرى أصبح المنشور هو الأداة الحية لتطوير أحكام القانون المدني وجعلها تتلاءم مع الظروف المستجدة في المجتمع، مما أضفى على القانون الروماني مزيداً من العدالة الانسانية[1].

ورغم أن هنالك قواعد كثيرة أقرها البريتور تكوّنت في نطاق القانون المدني، إلا أن البريتور بما لديه من سلطة قضائية وإدارية استطاع أن يجعل بعض قواعد العرف القديم وقواعد قانون الألواح الاثني عشر عديمة الأثر عملياً، لتناقضها مع مبادئ حسن النية ومبادئ العدالة.

(1) G. May: Op. Cit., p. 38.

وبهذا استطاع البريتور أن يوجد بعض القواعد القانونية المكملة لنصوص القانون المدني أو المعدّلة لهذه النصوص في بعض الحالات. كما استطاع إيجاد بعض النظم وإن كانت تختلف من حيث الشكل مع نظم القانون المدني، إلا أنها كانت تتمتع بنفس القوة من الناحية العملية. فإلى جانب الملكية الرومانية وجدت الملكية البريتورية، وإلى جانب الميراث المدني وجدت نظم الإرث البريتورية.

المطلب الثالث

الفقه

إتساع النشاط الفقهي في العصر العلمي

يعتبر عصر الامبراطورية العليا عصر ازدهار الفقه، إذ أن نشاط الفقهاء قد ازداد في هذا العصر وخاصة من ناحية الافتاء والتأليف. ولم يكن للتغيير السياسي من النظام الجمهوري إلى النظام الامبراطوري تأثير على تغيير مهمة الفقيه إذ بقي هذا الأخير مؤسس المنطق القانوني الذي لا يرمي إلى تسهيل إجراءات التقاضي فقط بل إلى استنباط الأصول العامة التي تتفرع عنها أحكام القانون أيضاً.

إلى جانب ذلك فإن الروح العملية للفقه في هذا العصر لم تنقطع في ظل الدستور الجديد، فقد تولّى الفقهاء المناصب القضائية والإدارية الكبرى بفضل ما كانوا يحظون به من رعاية واهتمام الامبراطور، وقد احتوى المجلس الامبراطوري كبار الفقهاء للاستعانة بمشورتهم وآرائهم.

وقبل العصر الامبراطوري لم يكن للفقه الصفة الرسمية إذ أن القضاة كانوا أحراراً في اتباع فتاوى الفقهاء أو عدم اتباعها. أما في أوائل العصر الامبراطوري فقد منح بعض الفقهاء حق الإفتاء الرسمي وكانت فتاوى هذا الفريق لها الصفة الرسمية ومن ثم كانت ملزمة للقاضي في النزاع المعروض. أما الذين لم يمنحوا هذا الحق فقد كان نشاطهم الفقهي يتناول الاستشارات دون أن تكون لها الصفة الرسمية الملزمة للقاضي، وتدريس الطلاب علم القانون.

أما تاريخ ظهور هذا الامتياز فيرجعه البعض إلى الامبراطور أغسطس، وينسبه بعض الشراح إلى خلفه الامبراطور تيبير (Tibère)، ويرون أن أغسطس

استلزم شرطاً شكلياً في الفتوى وهو وجوب كتابتها والتوقيع عليها بواسطة الفقيه نفسه[1].

وفي عهد الامبراطور هادريان توقف إعطاء إمتياز الافتاء للفقهاء، لأنه ضمّ إلى مجلسه الاستشاري مشاهير الفقهاء، وجعل الافتاء الرسمي من مهمة هذا المجلس فقط. وقد جعل هادريان فتاوى الفقهاء الرسميين ملزمة إذا كانت صادرة باتفاق آراء الفقهاء، أما في حال تعارض آرائهم فيترك للقاضي الحرية في اتباع الرأي الذي يراه مناسباً[2].

المدارس الفقهية

إنقسم الفقهاء منذ عهد أغسطس إلى مدرستين متنافستين، مدرسة السابينيين Statio Sabiniani، ومدرسة البروكوليين Statio proculiani، وقد استمر هذا الإنقسام أكثر من مائتي عام ولم تخف حدته إلا عندما جمع الامبراطور هادريان زعماء المدرستين في مجلسه الاستشاري.

لقد ذكر بمبونيوس أن مؤسس المدرسة السابينية هو الفقيه كابيتو Capito، ولكنها سميت باسم تلميذه سابينوس Sabinus، وإن مؤسّس المدرسة البروكولية هو الفقيه لابيو Labeo رغم أنها سميت باسم تلميذه بروكولوس Proculus.

أما أشهر فقهاء المدرسة السابينية إضافة إلى من سبق ذكرهم فهم كاسيوس Cassius، آرستو Aristo، يافلينوس Yavolenus، جوليان Julianus، بمبونيوس Pomponius، وغايوس Gaius.

أما أشهر فقهاء المدرسة البروكولية إضافة إلى لابيو وبروكولوس، فهم نرفا الكبير Nerva، ونرفا الصغير، بجاسوس Pegasus، ونراتيوس Neratius.

أسباب إنقسام المدارس الفقهية

إختلف الشرّاح في تبرير إنقسام هاتين المدرستين وتعددت الآراء حول أسباب هذا الانقسام. وحاول بمبونيوس وهو من أنصار المدرسة السابينية أن يرجع هذا الانقسام إلى اختلاف العقيدة السياسية بين مؤسسي هاتين

(1) A.E. Giffard: Précis de droit Romain, p. 59.

(2) الدكتور عبد المنعم البدراوي: تاريخ القانون الروماني، ص 169 ـ 171.

للمدرستين. فكابيتو مؤسس المدرسة السابينية كان مؤيداً للنظام الامبراطوري الجديد، إلا أنه كان محافظاً على التقاليد وحرفية النصوص. أما لابيو مؤسس المدرسة البروكولية فقد كان من أنصار النظام الجمهوري القديم ولكنه كان من دعاة التجديد من الناحية القانونية.

ولكن هذا التفسير يعوزه المنطق السليم، إذ أنه على افتراض وجود خلاف في العقيدة السياسية، فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة الاختلاف في تفسير القانون، إضافة إلى أنه يمكن أن نجد أمثلة تبين تمسك السابينيين بالتقاليد وميل البروكوليين إلى التجديد، فإنه يمكن أن نجد أمثلة أخرى تبين العكس.

ورأي آخر يرى أن الاختلاف بين المدرستين يرجع إلى طريقة التفسير. فبينما اعتمدت المدرسة البروكولية أعمال الرأي والقياس واستنباط أحكام عامة تنطبق على الحالات المشابهة في المستقبل، نرى أن المدرسة السابينية نادراً ما كانت تلجأ إلى القياس لوضع نظريات عامة. لهذا يرى أنصار هذا الرأي أن المدرسة الأولى اتصفت بالمرونة والتجديد بينما المدرسة الثانية إتصفت بالمحافظة على التقاليد القانونية القديمة.

ومن الشرّاح من يرجع الخلاف بين المدرستين إلى مدى التأثر بالفلسفة اليونانية. فالمدرسة البروكولية تتبنى مذهب أرسطو، أما المدرسة السابينية فتبنى فلسفة المذهب الرواقي.

ويذهب بعض الشرّاح إلى القول بأن المدرسة البروكولية تقوم على التجديد لأنها تراعي حكم الضرورات الاجتماعية والاقتصادية، أما المدرسة السابينية فإنها تتبع معياراً مادياً، وتقوم على التمسك بالقواعد القديمة ولا تأخذ في الاعتبار حكم الضرورات الاجتماعية والاقتصادية[1].

---

(1) ويمكن إعطاء بعض الأمثلة هنا، كتحديد سن البلوغ فقد حدّدتها المدرسة السابينية وفق معيار مادي بحيث تحدد في كل شخص على حدة بالمعاينة المادية. أما المدرسة البروكولية فقد حددت سن البلوغ بـ 14 سنة بالنسبة للصبي وبـ 12 سنة بالنسبة للبنت لأن العرف الاجتماعي جرى على ذلك. كذلك يرى السابينيون أن الشيء المحوّل يكون لصاحب المادة ولا يعترفون بالتشريع كسبب لكسب الملكية، بينما البروكوليون يرون أن الصانع يملك ما صنع لأن المجتمع يقرر حقوق الصانع ويعترف بها.

أنظر بالتفصيل: (تاريخ القانون الروماني) Bonfante: Storia di diritto Romano الترجمة الفرنسية - الجزء الأول 1928، ص 423 - 430.

وأخيراً هنالك فريق من العلماء يرى أن الاختلاف بين المدرستين لا يرجع في الأساس إلى اختلاف الآراء العلمية وتفسير الأمور الجوهرية، بل يرجع في الغالب إلى الخلاف الشخصي بين مؤسسي المدرستين وما نشأ بينهما من تنافس على نشر الثقافة القانونية. وكانت نتيجة ذلك أن إنضم إلى كل منهما فريق من الفقهاء يؤيد نهج هذا المؤسس أو النهج الذي اتبعه منافسه.

أشهر فقهاء هذا العصر

إمتاز هذا العصر بظهور مشاهير الفقهاء الذين أثروا القانون الروماني بالواقعية والحيوية وأغنوا الفقه حتى وصل إلى درجة عالية من التهذيب والبحث العلمي. ويمكن أن نشير في هذا المجال إلى أشهر الفقهاء:

الفقيه جوليان **S.Julianus** وكان مجدداً في مختلف فروع القانون، وترك مؤلفه الموسوعة الذي يتكون من تسعين جزءاً. كذلك الفقيه بمبونيوس **Pomponius** الذي كانت له شروحات كثيرة على القانون المدني، وكتاب موجز في تاريخ القانون الروماني إستعان به جستنيان لوضع موسوعته. الفقيه الافريقي **Africanus** أحد تلاميذ جوليان، والفقهاء أسكافولا **Scavola** ومرسلوس **Marcellus** والفقيه غايوس الذي لم يظهر إسمه إلا في قانون الأسانيد **Lois des Citations** الصادر عام 426 م. وأصبح بحكم هذا القانون أحد الفقهاء الخمسة الذين أجاز هذا القانون الاستشهاد بآرائهم.

وأشهر فقهاء الرومان ظهروا في نهاية القرن الثاني وأوائل القرن الثالث للميلاد وهم بابنيان وبول وأولبيان.

أما بابنيان **A.Papianus** فقد تولى منصب رئيس الديوان في عهد الامبراطور **Septime Sévère**، ولقب بأمير الفقهاء، وقد مات مقتولاً بأمر الامبراطور كراكلا عام 212 م. لأنه رفض أن يبرّر قتل الامبراطور لأخيه. أهم مؤلفاته مجموعة الفتاوى وقد وردت منها نصوص كثيرة في موسوعة جستنيان.

أما بول **Paulus** وأولبيان فهما أكثر الفقهاء غزارة في التأليف، رغم عدم اعتبارهما من الفقهاء المجددين، لأنهما كانا يعتمدان على نقل آراء الفقهاء المتقدمين في غالب الأحيان. وقد اعتمد جستنيان على مؤلفات أولبيان بوجه خاص لما امتازت به من السهولة في التعبير والوضوح.

وقد كان آخر فقهاء العصر العلمي الفقيه مودستان وهو تلميذ أولبيان

ولكنه دون مستوى أستاذه لناحية التأليف والكتابة في المجال القانوني.

المؤلفات الفقهية في هذا العصر

1 ـ كتب في القانون المدني، وهي شروحات في القانون المدني وضعها بعض الفقهاء الكبار أمثال بمبونيوس وبول وأولبيان.

2 ـ التعليقات على المنشور. وأهم ما ورد منها تعليقات لابيو على منشور البريتور المدني وبريتور الأجانب، وتعليقات بول وأولبيان، وتعليق غايوس على منشور حكام الأقاليم.

3 ـ الموسوعات Digesta، وهي عبارة عن تجميع للمسائل المتعلقة بالقانون المدني والقانون البريتوري وفروع القانون الأخرى، وأشهرها موسوعة جوليان.

4 ـ الكتب الموجزة، وقد أعدت في الغالب لاستعمال الطلاب، وتتنوع إلى النظم والقواعد والتقريرات، وأشهرها نظم غايوس، وقواعد أولبيان، وتقريرات بول.

5 ـ مجموعات الفتاوى، وتشمل ما صدر عن الفقهاء من فتاوى كتابية أو شفهية بناء على طلب الأفراد. كما كانت تشمل أيضاً بعض الحلول للمسائل التي كان يثيرها الطلاب أمام أساتذتهم، والفروض القانونية التي كان الفقهاء يتصورونها فيما بينهم. وأشهر مجموعات الفتاوى مجموعة بابنيان.

6 ـ شروح وتعليقات على بعض القوانين والنظم وأهمها تعليق غايوس على قانون الألواح الاثني عشر، وشرح بول لاختصاصات بعض الحكام.

كتاب النظم للفقيه غايوس[1]

لم يصل إلينا بطريق مباشر من مؤلفات الفقه في العصر العلمي إلا

(1) يعتبر هذا الفقيه من آخر فقهاء السابينيين وأشهرهم رغم الغموض الذي يحيط بسيرته الشخصية مما جعل بعض العلماء يشككون في وجوده. ولكن الرأي السائد حديثاً هو أنه عاش بين سنتي 120 م و190 وأنه كان رومانياً تعلم القانون في مدارس روما وأصبح استاذاً للقانون في إحدى مدارسها. وشهرته لم تلع إلا بعد وفاته بمدة طويلة ولم يذكر اسمه لأول مرة إلا في قانون الأسانيد الصادر عام 426 م.

الشيء القليل في نصوص متفرّقة وفي مجموعتين وضعتا في العصر اللاحق ونسبتا للفقيهين بول وأولبيان[1]. ولعلّ أهم ما وصل إلينا من فقه في هذا العصر هو ما ورد في موسوعة جستنيان إلى أن اكتشف العالم الألماني نيبير Niebuhr كتاب النظم للفقيه غايوس عام 1816 في مكتبة إحدى الكنائس بمدينة فيرونا Vérona الإيطالية. وقد أكمل هذا الكشف عن طريق العلامة روز Ruiz الذي اكتشف عام 1933 في إحدى مكتبات القاهرة ورقتين تبيّن أنهما مخطوط آخر لكتاب النظم تتناول إحداهما النظام القديم للشيوع بين الأخوة، والأخرى تتضمن دعوى طلب تعيين قاضٍ أو حكم وهي من دعاوى قانون الألواح.

أما بالنسبة لكتاب النظم فقد وضعه غايوس في أربعة كتب. وقد اشتمل الكتاب الأول على جزء خاص يتعلق بالأشخاص ويقابل نظرية الشخصية وحقوق الأسرة في القوانين الحديثة، ويشتمل الكتابان الثاني والثالث على الجزء الخاص بالأشياء، أي المتعلقة بالأموال والملكية والحقوق العينية والشخصية. أما الكتاب الرابع فيتضمن نظام الدعاوى والمرافعات الكتابية بنوع خاص والذي لم يبق له أثر في عصر جستنيان. وهذا التقسيم يتفق وأركان الحق في العصر الحديث من لزوم وجود طرف يتمسك به، ومحل يتعلق به، ومن دعوى تحمي هذا الحق.

---

(1) المجموعة الأولى يعتقد أنها موجز للقواعد التي وضعها أولبيان، والمجموعة الثانية تحتوي على موجز للتقريرات التي وضعها الفقيه بول. إلى جانب مخطوط الفاتيكان الذي يشتمل على نصوص مقتولة من مؤلفات بول وبابنيان وأولبيان، ومخطوط آخر عبارة عن مقارنة بين الشريعتين الموسوية والرومانية فيما يتعلق بالإرث والعقوبات ويعود تاريخه إلى أوائل القرن الرابع بعد الميلاد.

الفصل الرابع

عصر الامبراطور السفلي[1]

(La Période du Bas-Empire)

تمهيد وتقسيم:

يبدأ هذا العصر بتولي الامبراطور دقلديانوس السلطة عام 284 م. وينتهي بوفاة الامبراطور جستنيان عام 565 م. وتتميز هذه الفترة بالتدهور والإنحلال من الناحية السياسية والأجتماعية والاقتصادية والقانونية. فالغزوات المتكررة للقبائل الجرمانية من الخارج لم تقو الامبراطورية على مقاومتها طويلاً. والسلطة تحوّلت إلى حكم مطلق وصريح، وانقسمت الامبراطورية إلى قسمين، دولة شرقية وأخرى غربية[2]، وكان من الطبيعي أن تنعكس هذه التطورات على النظم القانونية. ولعل أبرز ما يمكن ذكره في هذا العصر هو ذلك التجميع الذي قام به جستنيان، والذي اعتبر آخر مرحلة من مراحل تطور القانون الروماني:

ونقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: يتضمن دراسة النظام الاجتماعي والسياسي في هذا العصر.

المبحث الثاني: يشتمل على دراسة مصادر القانون الروماني.

المبحث الثالث: نخصصه لدراسة مجموعات جستنيان.

المبحث الرابع: نخصصه لدراسة مصير القانون الروماني بعد مجموعات جستنيان.

---

(1) أنظر بالتفصيل: J.B. Bury: A history of the later Roman Empire vol. II: Amsterdam 1966.

(2) Downey (G.): The late Roman Empire, U.S.A., 1969, pp. 71- 97.

المبحث الأول

النظام السياسي والاجتماعي

النظام السياسي وتفسخ الامبراطورية

تركزت السلطات بشكل مطلق في يد الامبراطور في هذا العصر، واعتبر الامبراطور المصدر الوحيد للتشريع، سواء من ناحية وضع القوانين أو تفسيرها، أو فيما يتعلق بالتنظيم القضائي حيث تولى السلطة القضائية موظفون يعينهم الامبراطور للفصل في الدعاوى دون الإحالة على الحكم، وهكذا حلّت المرافعات الإدارية محل نظام المرافعات الكتابية.

أما من ناحية الهيئات السياسية فقد اختفت بكافة أشكالها التي عرفناها في العهود السابقة، فالمجالس الشعبية اختفت نهائياً، أما مجلس الشيوخ فقد تحوّل إلى مجلس بلدي لمدينة روما بعد أن فقد سلطاته التشريعية والاستشارية، وقد أنشئ مجلس شيوخ آخر لمدينة القسطنطينية على غرار مجلس الشيوخ لمدينة روما، وفقد الحكام سلطاتهم وبقيت مناصبهم إسمية فقط وأصبحوا جميعهم يعيّنون بقرار من الامبراطور ويخضعون لأوامره[1].

ولعلّ أبرز ما دلّ على التدهور في هذا العصر هو إنقسام الامبراطورية الرومانية إلى قسمين: امبراطورية شرقية عاصمتها بيزنطية وقد سميت فيما بعد بالقسطنطينية نسبة إلى الامبراطور قسطنطين[2]، وامبراطورية غربية بقيت روما عاصمة لها. وقد بدأ هذا الإنقسام منذ عهد الامبراطور دقلديانوس ولكنه لم يصبح نهائياً إلاّ بعد وفاة الامبراطور تيودوز الأول عام 395 م[3].

---

(1) R. Monier; Op. Cit., p. 94.

(2) خلال عهد قسطنطين إتخذ بيزنطية عاصمة جديدة للامبراطورية الشرقية مما أدى إلى انتقال الثقافة القانونية إليها وازدهار الحركة التشريعية والفقهية فيها. وهذا ما جعل بعض الشرّاح يسمون هذا العصر بالعصر البيزنطي. أما من ناحية التشريع فقد كان يصدر باسم الامبراطوريتين رغم كون هذا التشريع عمل أحد الأباطرة دون الآخر. ولم يكن التشريع الذي يصدره أحد الأباطرة يسري في الدولة الأخرى إلا بعد التصديق عليه ونشره فيها.

الدكتور عبد المنعم بدر والدكتور البدراوي: المرجع السابق، ص 128.

(3) وقد قسم الامبراطور تيودوز قبل وفاته سنة 395 الامبراطورية إلى امبراطورية شرقية عاصمتها القسطنطينية وجعلها لولده أركاديوس، وإلى امبراطورية غربية عاصمتها روما وجعلها لولده هونوريوس. وبقي هذا التقسيم حتى زوال الامبراطورية الغربية على يد القبائل الجرمانية.

ولا يعني الأمر السابق تساوي الدولتين في الظروف، إذ أن الامبراطورية الغربية دب فيها الضعف والانحلال وسقطت على يد القبائل الجرمانية عام 476 م. أما الامبراطورية الشرقية فقد استمرت في البقاء ما يقرب من عشرة قرون بعد زوال الامبراطورية الغربية، إلى أن سقطت القسطنطينية على يد الأتراك عام 1453 ميلادية.

وحاول جستنيان في أواسط القرن السادس أن يعيد للامبراطورية وحدتها عن طريق غزو جزء كبير من الامبراطورية الغربية القديمة، إلا أن خلفاءه لم يتمكنوا من الاحتفاظ بهذه الأجزاء مدّة طويلة، وتمكّن اللمبارديون من فتح ايطاليا نهائياً خلال القرن الثامن الميلادي.

الأوضاع الدينية[1]

انتشرت الديانة المسيحية منذ بداية القرن الرابع للميلاد بعد أن لاقت الاضطهاد خلال العصر العلمي. وقد اعتنقها الامبراطور قسطنطين واعترف لها بمركز مساوٍ للأديان الأخرى بموجب منشور ميلانو الصادر عام 313 م. وقد جعلها تيودوز الأول الدين الرسمي للدولة عام 391م. وحرّم في الوقت نفسه إقامة شعائر الديانة الوثنية.

وقد كان أثر الديانة المسيحية واضحاً في دائرة الأحوال الشخصية، لإتصالها بالعقيدة والدين، فأنشأت بعض النظم وألغت البعض الآخر وذلك حسب اتفاقها مع تعاليم الدين الجديد.

ومن النظم التي استحدثت، تحريم الزواج بين المسيحيين واليهود، ومنح البنوّة الشرعية للابن الطبيعي المولود عن طريق المعاشرة بين رجل وامرأة غير متزوجين، ومنح حق التبنّي للمرأة إذا لم يكن لديها أولاد، ووضع عقوبات شديدة للزنا والالحاد، وتسهيل تحرير الرقيق.

ومن النظم التي ألغيت، حق الميراث لابن الزنا بين المحارم، وذلك لكراهية الدين لهذا النوع من العلاقات غير الشرعية، كما ألغيت القوانين التي

---

(1) P.Dumont: Op. Cit., p. 175.

كانت تحرم الشخص من نصيبه من الوصية إذا كان أعزباً أو لم يكن له ولد.

أما في نطاق العقود والالتزامات فقد كان للديانة المسيحية الأثر الواضح في ظهور فكرة الثمن العادل في عقود البيع، بحيث كان للشخص الذي أصابه غبن في العقد أن يطالب بفسخه.

إلى جانب ما تقدّم فقد نشأت في عهد قسطنطين المحاكم الكنسية وكان قضاتها من رجال الدين، وكان اختصاصها يتناول فيما عدا المسائل الدينية بعض المنازعات المدنية التي ترفع برضى الفريقين، وهذا ما مهّد لظهور القانون الكنسي الذي ساد بعد ذلك في أوروبا في العصور الوسطى.

وتجدر الملاحظة هنا أنه في غير الأمور السابقة فقد بقيت الفلسفة اليونانية القديمة أكثر ظهوراً في القانون الروماني من تعاليم الديانة المسيحية الجديدة، فقد بقي الرق مقرراً في قانون جستنيان، كذلك بقي الطلاق مباحاً رغم تقييده، مع أن هذه الأنظمة مخالفة لتعاليم الديانة المسيحية.

أثر القوانين الشرقية في القانون الروماني

حتى أوائل القرن الثالث الميلادي يمكن القول أن القانون الروماني نشأ وتطور في ظل اعتبارات وظروف رومانية، ولكن منذ عهد الامبراطور قسطنطين أخذ القانون الروماني يتأثر بقوانين وعادات الولايات الشرقية ذات الأصل الاغريقي.

فقد صدرت في هذه الفترة بعض الدساتير من أباطرة ينتمون في الأصل لهذه الولايات الشرقية، إلى جانب نشاط أساتذة ورجال القانون من قضاة ومحامين الذين عملوا على تطبيق أحكام القانون بما يتفق وحاجات السكّان الذين كانت تحكمهم تقاليد وأعراف تختلف في أحكامها عن أحكام القانون الروماني. وهذا ما مكّن دخول بعض قواعد القانون الاغريقي والقوانين الشرقية إلى القانون الروماني. لذلك فقد أطلق بعض الشرّاح على قانون الامبراطورية السفلى اسم القانون الروماني ـ الاغريقي.

المبحث الثاني

مصادر القانون في عصر الامبراطورية السفلى

تمهيد وتقسيم

تميّز هذا العصر بتدهور الثقافة القانونية لابتعاد رجال القانون عن الإجتهاد، وتأثرهم بالبحوث النظرية وخاصة فيما يتعلق بالمسائل الدينية بعد غزو الديانة المسيحية للامبراطورية الرومانية، إلى جانب الروح العسكرية التي تميّز بها الأباطرة الرومان واحتكارهم للسلطة بحيث أصبحت إرادتهم المصدر الوحيد للتشريع في هذا العصر[1]. وتجدر الملاحظة إلى أن القانون القديم الذي تكوّن في العصر العلمي بقي سارياً في الحدود التي رسمتها الدساتير الامبراطورية. وضمن هذا المفهوم تتناول دراسة مصادر القانون الروماني في هذا العصر ضمن مطلبين:

المطلب الأول: الدساتير الامبراطورية.

المطلب الثاني: القانون القديم.

المطلب الأول

الدساتير الامبراطورية

7الدساتير الامبراطورية المصدر الأساسي للتشريع

إعتبرت الدساتير الامبراطورية المصدر الأساسي للتشريع في هذا العصر بسبب تركيز السلطة في يد الامبراطور وتدخله في جميع الشؤون الخاصة والعامة، حتى أنه كان يصعب في بعض الحالات التعرّف على حكم مسألة معينة وذلك لكثرة الدساتير الصادرة عن الامبراطور والتي يمكن أن تتناقض فيما بينها أحياناً.

أما صور الدساتير الامبراطورية فإن التعليمات التي كانت توجه إلى الحكام إختفت كمصدر للقانون، وقد اختلطت الأحكام بالفتاوى ولم يعد لها

(1) الدكتور محمد معروف الدواليبي: الوجيز في الحقوق الرومانية، ص 314.

قوة إلا بالنسبة للحالة التي صدرت بشأنها، بينما بقيت المنشورات هي المصدر الأساسي للقانون كصورة من صور الدساتير الامبراطورية.

تجميع الدساتير الامبراطورية

ظهرت الحاجة إلى تجميع الدساتير الامبراطورية وذلك لتسهيل الرجوع اليها وكي لا تتعارض فيما بينها، وقد ظهرت أول مجموعة خاصة على يد جريجوريوس وسميت بالمجموعة الجريجورية (Codex Gregorianus)، وضعها في عهد الامبراطور دقلديانوس، وتشمل الدساتير الامبراطورية منذ عهد الامبراطور هادريان (117 م - 138م) حتى عصر الامبراطور دقلديانوس. وهذه المجموعة رتبت في ستة عشر كتاباً. وكل كتاب مقسم إلى أبواب، وكل باب يحمل عنواناً يشير إلى الموضوع الوارد فيه ويتضمن الدساتير الصادرة في الموضوع مرتبة ترتيباً زمنياً.

وبعد صدور هذه المجموعة صدرت مجموعة أخرى وضعها هرموجنيان وسميت بالمجموعة الهرموجينية (Codex Hermogénianus) وهي مكملة للمجموعة الأولى، وتتضمن الدساتير الامبراطورية في عامي 293 و294 ميلادية، ولا يختلف ترتيبها عن ترتيب المجموعة الأولى[1].

أما على صعيد التجميع الرسمي فقد صدرت مجموعة تيودوز الثاني سنة 438 م. وتتضمن الدساتير الامبراطورية منذ عهد الامبراطور قسطنطين إلى عهد تيودوز. وإذا كانت هذه المجموعة قد صدرت في الامبراطورية الرومانية الشرقية، فقد عمل الامبراطور فالنتينيان الثالث Valentinien III على إصدارها في الامبراطورية الغربية أيضاً.

وهذه المجموعة مقسّمة إلى ستة عشر كتاباً وكل كتاب مقسّم إلى أبواب، وكل باب يتضمن عدداً من الدساتير موضوعة بترتيب زمني. وفي مقدمة كل دستور إسم الامبراطور الذي أصدره والأشخاص الذين يتوجه إليهم، ثم مكان وتاريخ إصداره.

---

(1) ويذكر بعض الشراح أن المجموعتين الغريغورية والهرموجينية قد جمعتا في مدينة بيروت.
R. Monier: Op. Cit., p. 110.

المطلب الثاني

القانون القديم

بقاء القانون القديم إلى جانب الدساتير الامبراطورية

بقي القانون القديم سارياً في الحدود التي رسمتها الدساتير الامبراطورية. ونعني بالقانون القديم القانون الذي تكوّن في السابق عن طريق العرف، أو التشريع الصادر من المجالس الشعبية، أو مجلس الشيوخ، ومنشورات الحكام، وآراء الفقهاء، وخاصة في العصر العلمي.

ورغم ركود الحركة الفقهية في هذا العصر فقد بقيت مؤلفات فقهاء العصر العلمي محل اعتبار وتقدير، رغم أنه لم يكن من اليسير فهمها أحياناً مما دفع الامبراطور قسطنطين إلى إصدار دستور عام 321 م. يقضي بعدم الاعتداد بالحواشي التي كتبها بول وأولبيان تعليقاً على فتاوى بابنيان لأن هذا الأمر كان يؤدي إلى تعقيد الآراء الأصلية. كذلك أصدر عام 327 م، دستوراً يمنح فيه التقريرات التي وضعها بول قوة رسمية لأنها خالية من المناقشات النظرية وتتضمن أحكاماً موجزة وتقريرية.

وفي مرحلة لاحقة أصدر الامبراطور تيودوز الثاني امبراطور الدولة الشرقية والامبراطور فالنتينيان الثالث امبراطور الدولة الغربية دستورهما المشترك عام 426 م. الذي عرف بقانون الأسانيد Loi des citations.

نظّم هذا القانون كيفية الاستدلال بآراء الفقهاء وهم ينقسمون إلى فريقين. الفريق الأول أعطى القانون القوة الرسمية لمؤلفاتهم وآرائهم وعم الفقهاء غايوس وبابنيان وبول وأولبيان وموديستان. أما الفريق الثاني فهم بعض الفقهاء القدامى الذين لا يجوز الاستشهاد بآرائهم إلا إذا وجد مخطوط كتاباتهم، أو أشير إليها في مؤلفات الفقهاء من الفريق الأول.

وكانت آراء فقهاء الفريق الأول لها قوة القانون، وفي حال الاختلاف في الرأي كان على القاضي أن يأخذ برأي الأغلبية، وفي حال التساوي كان على القاضي أن يأخذ بالرأي الذي تبنّاه بابنيان[1]، فإن لم يكن رأي لهذا

(1) الدكتور عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، ص 133.

الأخير فعلى القاضي أن يتبع الرأي الذي يراه مناسباً.

مدارس القانون في الشرق

نشط الفقه في الشرق بسبب وجود مدارس قانونية كبيرة ومنها مدارس الاسكندرية والقسطنطينية، وكان أهمها مدرسة بيروت للحقوق.

أسست مدرسة بيروت للحقوق على الأرجح في نهاية القرن الثاني بعد الميلاد في عهد كبار فقهاء العصر العلمي، واحتلت مكاناً مرموقاً بين المدارس القانونية، وكان يقصدها طلاّب العلم من مختلف أنحاء الامبراطورية، وقد أطلق عليها الرومان «بالأم المرضعة للحقوق». وبفضل هذه المدرسة أصبحت بيروت المستودع الرئيسي للقوانين والمركز الأساسي لنشرها، حتى أنه في عهد جستنيان ألغى معظم المعاهد الحقوقية ولم يستبق منها سوى معهد بيروت ومعهد القسطنطينية[1].

لقد بوشر التدريس في معهد بيروت باللغة اللاتينية ثم حلّت محلها اللغة اليونانية باعتبار هذه الأخيرة هي لغة العلم في الشرق. أما مدة الدراسة فكانت أربع سنوات، وكانت تخصص سنة خامسة لدراسة الدساتير الامبراطورية.

لقد اعتبر وجود معهد بيروت للحقوق بعث جديد للقانون الروماني بفضل وجود أساتذة قانون كبار لقبوا بالعلماء العالميين، واعتمد عليهم جستنيان في وضع مجموعاته التشريعية[2] التي ركّزت دعائم القانون الروماني وحافظت عليه حتّى انتقل إلى نصوص التشريعات الحديثة خاصة في أوروبا ودول أميركا اللاتينية[3].

---

(1) R. Monier: Op. Cit. pp. 107- 108.

(2) P. Collinet: Histoire de l'école de Droit de Beyrouth (Paris 1923).

(3) الدكتور سليم ضاهر: تاريخ بيروت أم الشرائع، مجلة بيروت ام الشرائع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 1985، ص 8 ـ 12.
وقد زالت مدرسة بيروت للحقوق إثر الزلزال الكبير والحرائق الهائلة التي رافقته وقضت على المدينة بأكملها، ويرى البعض أن نشاط المدرسة نقل من بعد ذلك إلى صيدون، حيث استمر نشاطها حتى الفتح العربي سنة 635 م.
أنظر الأستاذ إميل بجاني: القانون الروماني، بيروت 1984، ص 281.

المبحث الثالث

مجموعات جستنيان

أهمية تجميع جستنيان

تولى جستنيان الحكم في الامبراطورية الشرقية من عام 527 م. حتى عام 565 م. واستطاع خلال فترة حكمه أن ينجز عملاً تشريعياً ضخماً لم يستطع أن ينجزه أحد من قبل، فقد جمع القانون الساري بشطريه الدساتير الامبراطورية والقانون القديم. وقد قصد من وراء ذلك تحقيق غرضين، أولهما تيسير الرجوع إلى القواعد القانونية الرومانية دون تعقيد وبسبب صعوبة الرجوع إلى الكتب القديمة، وثانيهما تخليد القانون الروماني باعتباره تراثاً عالمياً ينطق بعظمة الرومان وعبقريتهم القانونية، إلى جانب ما كان يطمح اليه من إعادة مجد الامبراطورية السابق(1).

بدأ هذا العمل الضخم عام 528، حيث شكلت لجنة لتجميع الدساتير الامبراطورية وانتهى عملها في العام التالي، ولكن هذه المجموعة لم تصل إلينا بل وصلت إلينا المجموعة المعدلة التي صدرت فيما بعد. وفي سنة 530 م. شكلت لجنة أخرى لتجميع القانون القديم من مؤلفات فقهاء العصر العلمي، وقد أنجزت اللجنة عملها بعد حوالي ثلاث سنوات، سنة 533 م. وسميت بالموسوعة Digesta. كما أصدر جستنيان قبل صدور الموسوعة مجموعة النظم لتكون أساساً للتدريس القانوني للطلاب.

ولم يقتصر عمل جستنيان على هذه المجموعات فقد عمد إلى إعادة نشر مجموعة الدساتير في نسخة جديدة معدّلة سنة 534 م. وذلك بسبب صدور دساتير معينة بعد إصدار المجموعة الأولى، كما أصدر جستنيان في وقت لاحق مجموعات دساتير أخرى عرفت بالدساتير الجديدة، ولم تتضمنها مجموعات رسمية بل مجموعات خاصة.

أطلق على مجموعات جستنيان المختلفة في العصور الوسطى مجموعة القانون المدني تمييزاً لها عن مجموعة القانون الكنسي. ونتناول دراسة

---

(1) F. C. Bourne: Ahistory Of the Romans, Boston 1967, P.584.

المجموعات التي وضعها جستنيان في الفقرات التالية.

مجموعة الدساتير الامبراطورية Codex-Justinianus[1]

صدرت أول مجموعة للدساتير الامبراطورية سنة 529 م. بإشراف لجنة من عشرة أشخاص من بينهم وزير العدل تريبونيان Tribonien وتيوفيل Theophile الاستاذ بمدرسة القسطنطينية، ولم تصل إلينا هذه المجموعة بل وصلت النسخة الجديدة التي وضعت عام 534 م. بمعرفة تريبونيان والاستاذ دروتيه Dorothée من مدرسة بيروت بمعاونة ثلاثة من المحامين. وتتضمن المجموعة الدساتير الامبراطورية وأقدمها يرجع إلى عهد هادريان، ولكن معظمها يرجع إلى الدساتير الصادرة منذ عهد دقلديانوس حتى عهد جستنيان.

استفادت اللجنة من المجموعات التي وضعت قبل عهد جستنيان-ولكنها عملت بتوجيهاته وهدفت إلى حذف بعض النصوص المتعارضة والتي لم تعد مقبولة، وتعديل البعض الآخر وفق القانون الساري في عهده.

وتضمّ المجموعة اثني عشر كتاباً[2]، وكل كتاب مقسّم إلى أبواب، والأبواب مقسمة إلى فقرات، بحيث تضمنت كل فقرة دستوراً امبراطورياً ذكر في صدرها اسم الامبراطور الذي أصدر الدستور ومن وجه إليه وتاريخ ومكان صدوره.

مجموعة النظم Institutiones

وضع كتاب النظم لجستنيان عام 533 م. من قبل لجنة برئاسة الوزير تريبونيان وعضوية دورتيه الاستاذ بمدرسة بيروت وتيوفيل الاستاذ بمدرسة القسطنطينية.

وقد وضع على غرار كتاب النظم للفقيه غايوس وأخذ عنه معظم أحكامه ليحلّ محله في التدريس، وأعطاه جستنيان علاوة على ذلك قوة القانون.

---

(1) أنظر بالتفصيل J. Gaudemet: Institutions de l'Antiq..., p. 756 et s.

(2) خصص الكتاب الأول للقانون العام والقانون الكنسي، والكتب من 2 ـ 8 خصصت لموضوعات القانون الخاص، وخصص الكتاب التاسع للقانون الجزائي وأصول المحاكمة الجزائية وخصصت الكتب الثلاثة الأخيرة لموضوعات القانون الإداري.

تشتمل المجموعة على أربعة كتب[1]، مثل كتاب النظم لغايوس، إلا أنه يختلف عنه في الجزء الخاص بالدعاوى، نظراً لأن نظام المرافعات المكتوبة إختفى في عصر الامبراطورية السفلى وحلّ محله نظام الدعاوى الإدارية.

الموسوعة Digesta

تعتبر الموسوعة أضخم عمل قام به جستنيان وحفظ به التراث القانوني الثمين. وتعتبر الموسوعة تجميعاً للقانون القديم، اعتمدت اللجنة في وضعها على مؤلفات العصر العلمي دونِ التقيد بما فرضه قانون الأسانيد من مؤلفات لفقهاء معينين بالذات، بل أخذت أكثر النصوص من مؤلفات أولبيان وبول، لأن هؤلاء الفقهاء امتازوا بميلهم للتجميع والتلخيص أكثر من غيرهم.

ولم يستطع جستيان أن يوفّق بين النصوص المأخوذة من مؤلفات الفقهاء وبين النصوص السارية في عصره، إلا باللجوء إلى التحريف لاختلاف القانون في العصر العلمي عنه في عصر جستيان[2].

ورجعت اللجنة التي تشكلت من كبار أساتذة القانون[3] في عملها إلى مؤلفات كثيرة، وتناولت أعمال أكثر من تسعة وثلاثين فقيهاً معظمهم من فقهاء العصر العلمي، والقليل منهم ينتمي إلى العصر اللاحق عليه.

وقد صدرت الموسوعة عام 533 ميلادية وتتكون من خمسين كتاباً، وكل كتاب مقسّم إلى أبواب، وكل باب ينقسم إلى فقرات، وعلى رأس كل فقرة بيان يتضمن إسم الفقيه وعنوان مؤلفه ورقم الكتاب الذي أخذت منه الفقرة.

---

(1) الكتاب الأول يشتمل على أقسام القانون وأحكام الأشخاص من جهة علاقتهم بالقانون الخاص ومقسم إلى 26 باباً. الكتاب الثاني يضمن حق الملكية والوراثات الايصائية ومقسم إلى 25 باباً. الكتاب الثالث يتضمن المواريث غير الإيصائية أي الشرعية والالتزامات وتقسم إلى 29 باباً. الكتاب الرابع، ويتكلم عن الالتزامات الناشئة عن الجرائم والتعديات المختلفة، والدعاوى المدنية والقضاء فيها وكلام موجز عن الدعوى العمومية الجنائية.

أنظر بالتفصيل مدونة جستيان في الفقه الروماني: نقلها إلى العربية الأستاذ عبد العزيز فهمي، منشورات دار الكتاب المصري / القاهرة 1946.

(2) الدكتور عبد المنعم البدراوي: المرجع السابق ص 248 وما بعدها.

(3) لضخامة العمل الموكل اليها شكلت اللجنة برئاسة تريبونيان وعضوية أحد عشر محامياً والأساتذة تيوفيل ودروييه من مدرسة بيروت للحقوق، والأساتذة تيوفيل وكراتينوس Cratinus وكونستنتان Constatin من مدرسة القسطنطينية.

تقدير أعمال جستنيان

لم يكن جستنيان يهدف من وراء تجميعه إلى تيسير الرجوع إلى القوانين الرومانية وحفظها من الضياع، بل كان يرمي أيضاً إلى تحقيق هدف آخر يكمن في إعادة توحيد الامبراطورية عن طريق تلك المجموعات العلمية الضخمة، ولقد نجح بصورة جزئية حينما تمكن من إسترداد بعض الأجزاء الغربية التي سلخت عن الامبراطورية وطبق فيها القوانين الرومانية، إلا أن ذلك لم يدم طويلاً حيث لم يستطع خلفاؤه من بعده الاحتفاظ بتلك الأراضي التي استردها.

لقد ظهرت تلك القواعد والأحكام التي وضعها جستنيان متأثرة بالأعراف والتقاليد ذات الطابع الشرقي، وهذا أمر طبيعي بالنسبة للقانون الروماني بعد زوال الامبراطورية الغربية واستمرار الامبراطورية الشرقية في الحياة والتطور.

وبنظرة عامة فإن مجموعات جستنيان كان لها الفضل البارز في حفظ القانون الروماني من الاندثار عبر العصور الماضية، خاصة ذلك التراث القانوني والفقهي الضخم الذي خلفه فقهاء العصر العلمي، وهذا ما مكّن القانون الروماني من النفاذ إلى التشريعات الحديثة عبر المجموعات التي وضعها الامبراطور الفرنسي نابليون في أوائل القرن التاسع عشر.

هذا بالإضافة إلى ما حققته المجموعات من سهولة الرجوع إلى القواعد القانونية وإزالة التناقض الذي كان يشوب بعض أحكامها. لذلك فقد اعتبر البعض أن جستنيان يعتبر حمورابي الامبراطورية الرومانية، وتدل أعماله على أنه من أكثر القادة خبرة ونجاحاً، في العالم القديم وخاصة من خلال الموسوعة التي اعتبرت مصدراً للقوانين بعد عصره واستمرت كذلك حتى في تشريعاتنا الحديثة[1].

ورغم ما اتصفت به أعمال جستنيان من أهمية لا أحد يستطيع تجاهلها فإنها لا يمكن أن تكون خالية من بعض الشوائب والتناقضات الموجودة لكثرة الأحكام التي عني بوضعها، ولمحاولته تحقيق الانسجام بين القواعد المتفرقة

---

(1) James Henry Breasted; Survey of the ancient world, p. 375.

التي ترجع إلى عصر سابق على عصره، بالإضافة إلى محاولة التوفيق بين التأثيرات المختلفة للفلسفة اليونانية ولتعاليم الديانة المسيحية وللأعراف الشرقية على أحكام القانون الروماني.

المبحث الرابع

مصير القانون الروماني بعد مجموعات جستنيان

تمهيد وتقسيم

تعتبر مجموعات جستنيان خاتمة المطاف في تاريخ تطور القانون الروماني الذي استمر أكثر من ألف عام وانتهى بوفاة الامبراطور جستنيان عام 565 م. ولا يعني هذا الأمر أن القانون الروماني اندثر بصدور هذه المجموعات، بل على العكس فقد استمر مطبقاً زمناً طويلاً وبعثت دراسته أكثر من مرة حتى انتهى به الأمر لأن أصبح مصدراً لمعظم التشريعات الحديثة.

ولقد ترتّب على الأحداث السياسية في عصر الامبراطورية السفلى سقوط الامبراطورية الغربية على يد القبائل الجرمانية عام 476[1]م، بينما استمرت الامبراطورية الشرقية في الحياة على أساس امبراطورية اغريقية أو بيزنطية حلّت فيها اللغة اليونانية محل اللغة اللاتينية، وهذا ما أدى بالتالي إلى توقف القانون الروماني عن التطور. وهذا الاختلاف في الظروف السياسية كان لا بدّ أن ينعكس على مصير القانون في الشرق وفي الغرب. ونتكلم عن مصير القانون الروماني في الشرق ثم عن مصيره في الغرب ضمن مطلبين:

المطلب الأول

مصير القانون الروماني في الشرق

تطبيق مجموعات جستنيان في الامبراطورية الشرقية

بقيت مجموعات جستنيان مطبّقة في الامبراطورية الشرقية حتى سقوطها

---

(1) آخر أباطرة الغرب كان يدعى «روموليوس أوغسطوس»، وقد خلعه الجرمان ونصبوا مكانه (أودواسر) وارسلوا علماً إلى امبراطور الجانب الشرقي مؤداه أنهم يعترفون بسيادته.

المصور القديمة: ترجمة داوود قربان، ص 656 و657.

على أيدي الأتراك عام 1453 م، وكان جستنيان يمنع التعليق على مجموعاته لاعتقاده أنها حوت كل شيء وسمح فقط بترجمتها ترجمة حرفية إلى اللغة الاغريقية، أو تلخيص بعض نصوصها، أو اختصارها بشرط الاشارة إلى النصوص المماثلة الواردة في أماكن أخرى من المجموعات الرسمية.

ورغم هذا المنع السابق فقط ظهرت التعليقات والشروحات على مجموعات جستنيان حتى خلال فترة حكمه. ومن أهم التعليقات (حاشية تيوفيل)، وهي عبارة عن شرح وتعليق باللغة اليونانية على كتاب (النظم) لجستيان قام بوضعه الأستاذ تيوفيل الاستاذ بمدرسة القسطنطينية.

ولكن هذه الحركة لم تدم طويلاً فقد توقفت أكثر من قرنين من الزمن بسبب إغلاق مدارس القانون، حيث بدأت تظهر مجموعات جديدة فيما بعد وذلك في القرنين الثامن والتاسع الميلاديين.

المجموعات اللاحقة

ظهرت في القرنين الثامن والتاسع بعد الميلاد مجموعات رسمية جديدة كانت ترمي إلى تسهيل الرجوع إلى أحكام القوانين بعد أن أهمل تطبيق بعض المبادئ الواردة في مجموعات جستيان وألغي البعض الآخر بدساتير جديدة، فأصدر الامبراطور ليو الثالث باللغة اليونانية عام 726 م. مجموعة رسمية أسماها مختار القوانين (écloga legum). وقد عدل فيها بعض مبادئ جستنيان تأثراً بالديانة المسيحية، فحرّم الطلاق، وجعل الزواج مسيحياً وغير قابل للحل، وألغى نظام المعاشرة وما يترتب عليه من حقوق.

وفي القرن التاسع الميلادي أصدر الامبراطور باسيليوس الأول مجموعة تعرف باسم «مختصر القوانين» (Prochiron legum)، وتستند أحكامها إلى المجموعات التي وضعها جستنيان.

وفي أواخر القرن التاسع قام الامبراطور ليو السادس (888 ـ 911) بجمع أحكام الموسوعة ومجموعة القوانين بعد تعديلها في مجموعة واحدة صدرت باللغة اليونانية عرفت بالمجموعة الباسيليكية (Les Basiliques). تحتوي هذه المجموعة على إضافات كثيرة أخذت عن الشروح التي وضعها أساتذة القانون

تعليقاً على النصوص. وهذه المجموعة الجديدة لم تلغ مجموعات جستنيان، ولكنها حلّت تدريجياً محلها وبقيت مطبقة في الامبراطورية الشرقية حتى سقوط القسطنطينية في يد الأتراك.

المطلب الثاني

مصير القانون الروماني في الغرب

مصير القانون الروماني بعد سقوط الامبراطورية الغربية

إستطاع الامبراطور جستنيان أن يسترجع بعض أجزاء الامبراطورية الغربية وضمها إلى الامبراطورية الشرقية وكانت تطبق مجموعات جستنيان على هذه الأجزاء التي سقطت في قبضة الدولة البيزنطية. أما بقية الأجزاء فقد ظل القانون الروماني يطبق على الرعايا الرومان تطبيقاً لمبدأ شخصية القوانين. ووضع بعض ملوك البرابرة مجموعات قانونية مستقاة من القانون الروماني السابق على عهد جستنيان لتطبّق على الرعايا الرومان الذي يقطنون هذه البلاد[1].

ففي مملكة القوط الشرقيين (شمال ايطاليا) وضع الملك تيودوريك Theodoric عام 500 م، مجموعات أخذت من المجموعات الجريجوريّة والهرموجينية والتيودوزية ومن كتاب الأحكام للفقيه بول. وفي مملكة القوط الغربيين (جنوب فرنسا) وضع الأريك الثاني عام 516 م. مجموعة (مختصر الأريك) وتتضمن الدساتير الامبراطورية، وتستقي أحكامها من مجموعة تيودوز الرسمية والدساتير اللاحقة عليها، كما تتضمّن فقرات عن كتاب الأحكام للفقيه بول وموجزاً لكتاب النظم للفقيه غايوس.

وقد بقي القانون الروماني المدوّن في مجموعة تيودوز ومجموعة الملك الاريك الثاني القانون المطبق في الغرب حتى أوائل القرن الثاني عشر، أما قانون جستنيان فلم يطبق في الغرب إلا خلال الفترة التي استرد فيها جستنيان بعض أقاليم الامبراطورية الغربية[2].

---

(1) الدكتور صوفي أبو طالب: الوجيز في القانون الروماني، ص 197.

(2) الدكتور عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني ص 144.

البحث العلمي للقانون الروماني

قامت حركة علمية كبرى في أوائل القرن الثاني عشر تهدف إلى إحياء دراسة القانون الروماني ممثلاً في مجموعات جستيان، وتطبيق هذا القانون في غرب أوروبا. ويرجع هذا الأمر لسببين أحدهما سياسي والآخر اقتصادي.

أما السبب السياسي فيرجع إلى أن ملوك أوروبا في هذا العصر حاولوا القضاء على السلطات السياسية التي كان يتمتع بها الأشراف الاقطاعيون الذين كانوا يقتسمون السلطة معهم. فكان القانون الروماني خير وسيلة لذلك، إذ أن قواعده قامت في مجتمع على أساس توحيد السلطة وتركيزها. من ناحية أخرى فقد أراد الملوك التخلص من سلطات الكنيسة ونفوذها، وهذا الأمر ينظمه القانون الروماني بشكل يحد من سلطة الكنيسة بشكل كبير[1].

أما السبب الاقتصادي فيرجع إلى إزدهار الحياة التجارية خاصة في فرنسا وإيطاليا، ولم تعد القواعد القانونية صالحة لتنظيم هذه العلاقات لذلك رأى الملوك أن قواعد القانون الروماني تصلح أكثر من غيرها لحكم العلاقات في المجتمعات التجارية لأن قواعده ظهرت في مجتمع يعتمد على التجارة.

النهضة العلمية للقانون الروماني في إيطاليا

ظهرت النهضة العلمية للقانون الروماني في إيطاليا في أوائل القرن الثاني عشر، وبدأت هذه النهضة بمدرسة بولونيا ومؤسسها الفقيه أرنريوس **Irnerius** الذي قام بتدريس الطلاب الذين وفدوا إليه من جميع أنحاء أوروبا الغربية.

وقد اتبعت هذه المدرسة تدريس القانون الروماني وفق المجموعات التي وضعها جستنيان، وقد عرفت باسم مجموعة القانون المدني تمييزاً لها عن مجموعة القانون الكنسي. وكانت طريقة هذه المدرسة تعتمد على تفسير النصوص وشرحها بإضافة حواشي تكتب في الهوامش أو فيما بين السطور، وأطلق على هذه الطريقة طريقة الشرح على المتون.

بقيت هذه الحواشي متفرّقة حتى قام بجمعها الأستاذ اكورسيوس

---

(1) لهذا لجأت الكنيسة إلى إصدار قرارات لتحريم تدريس القانون الروماني، من ذلك القرار رقم 1220 الذي حرّم تدريس القانون الروماني في باريس وبعض المدن المجاورة.

Accursius (1182 ـ 1260)، فقام بنشر مجموعات جستنيان والحواشي التي كتبها الأساتذة السابقون وما كتبه هو في مجموعة عرفت بالحاشية الكبرى (Grand Glose).

وأصبحت الحاشية الكبرى بعد وفاة أكورسيوس عماد الدراسات القانونية وأصبح يؤخذ بالحواشي ولو تعارضت مع النصوص، لذلك ظهرت مدرسة لاحقة في أوائل القرن الرابع عشر عرفت بمدرسة الشراح اللاحقين على المتون (Post-Glossateurs)، وتزعمها الفقيه برتول (1317 ـ 1347 م). لقد اتبعت هذه المدرسة نهجاً جديداً في تدريس القانون الروماني فتحولت عن الشروح على المتن إلى التعليقات النظرية واستخلاص المبادئ العامة وتطبيقها على الحالات الجزئية، كذلك أسرفت في التقسيم والتفريع فتوصلت إلى تكوين مبادئ جديدة لا صلة لها بالقانون الروماني. ولقد اختفت هذه المدرسة في أواخر القرن الخامس عشر.

النهضة العلمية للقانون الروماني في فرنسا

ظهرت هذه النهضة في فرنسا في القرن السادس عشر، وقد اتجه فقهاء هذه الحركة إلى دراسة القانون الروماني، ليس فقط من خلال مجموعات جستنيان كما فعلت المدرسة السابقة، بل أيضاً من خلال المؤلفات السابقة عليها، مستعينين في ذلك بتاريخ الرومان وعاداتهم وآدابهم، مما أدى إلى التوسع في دراسة القانون الروماني وساعد على حلّ كثير من المسائل المختلف عليها.

أشهر فقهاء هذه المدرسة الفقيه الفرنسي الكبير كوجاس (Cujas) (1522 ـ 1590 م) ومعاصره الفقيه دونو Doneau. وظهر بعد ذلك الفقيه الكبير بوتييه Pothier في القرن الثامن عشر، وكان لمؤلفاته الفضل في انتقال مبادئ القانون الروماني إلى المجموعة المدنية الفرنسية التي أصدرها نابليون في أوائل القرن التاسع عشر.

المدرسة التاريخية (Ecole historique)

في القرن التاسع عشر ظهرت نهضة علمية جديدة على يد علماء المدرسة التاريخية (Ecole historique) التي أسسها العالم الألماني سافيني

Savigny (1779 ـ 1861). وتتميز هذه الدراسة بأنها تنظر إلى القانون ككائن حي يتطور بتطور التاريخ وليس مجرد مسألة عرضية وليدة الصدفة أو نزوات المشرع، فمصدره حاجة الناس اليه لتعبيره عن آمالهم ومشيئتهم، وما تدوين القواعد القانونية سوى تعبير وإثبات لأعرافهم مع ملاحظة ما يترتب على ذلك التدوين من تقليص لنمو القواعد القانونية وتطوّرها.

بدأت هذه الحركة بالانتشار الكبير بعد اكتشاف كتاب النظم لجايوس الذي ساعد على الدراسات التاريخية بصفة عامة، كذلك زاد من أهمية هذه الدراسة الاكتشافات التي تمّت في حوض البحر الأبيض المتوسط ولا سيما في مصر، والتي ألقت ضوءاً كبيراً على قوانين الشعوب القديمة. وطريقة المدرسة التاريخية في البحث ما تزال سائدة لدى الغالبية العظمى من شرّاح القانون الروماني في القرن الحالي.

إلى جانب ذلك ظهرت في ألمانيا مدرسة شارحي الموسوعة وقد اتجهت اتجاهاً وضعياً في دراسة القانون الروماني من خلال موسوعة جستنيان، حيث كان يدرّس من الناحية العملية باعتباره قانون ألمانيا العام حتى صدور المجموعة المدنية التي عمل بها ابتداء من سنة 1900 م[1].

---

(1) الأستاذ إميل بجاني: القانون الروماني، ص 19.

الباب الثاني

وسائل تطور القانون الروماني بالمقارنة مع القانون الانجلوسكسوني

تمهيد

من الملاحظ بصفة عامة أن وسائل تطور القانون تختلف باختلاف البيئات وباختلاف الظروف المحيطة بالشعوب. فدور الفقه في الشريعة الاسلامية، والقانون الروماني كمصدر من مصادر القانون يختلف عن دوره في تشريعات أخرى، ودور العرف في القانون الانجليزي يأخذ أهمية خاصة تختلف عن دوره في القوانين الأخرى.

ويختلف الأمر فيما إذا كانت القواعد القانونية مدونة أو غير مدونة. فبالنسبة للقوانين المدونة حيث تصاغ القواعد القانونية في نصوص مكتوبة فإنه يقع على عاتق الفقه والقضاء تطبيق القانون وتفسيره، وهذا ما يصادف صعوبات معيّنة من الناحية العملية، لأن الأمر يقتضي تعديل النصوص القائمة ومن ثم يكون من الضروري إيجاد وسائل ترمي إلى تغيير القواعد القانونية أو تطويرها دون الاصطدام بحرفية النصوص. أما بالنسبة للقوانين غير المدونة فإن تطويرها لا يحتاج إلى إبتداع تلك الوسائل المعقدة نظراً لعدم وجود نص مكتوب يحد من حرّية الفقه أو القضاء.

وحتّى بالنسبة للقواعد القانونية المدوّنة فإن أمر تطويرها يختلف باختلاف طريقة صياغة القاعدة القانونية. فقد تأتي بعض الشرائع بمبادئ وقواعد عامة دون الاهتمام بالجزئيات والتفصيلات كالشريعة الاسلامية مثلاً،

وقد تأتي بعض الشرائع بصورة قواعد جزئية محددة كالتشريع الروماني مثلاً، ولا شك أن وسائل التطور تختلف أحياناً باختلاف هذه الصور المعتمدة في صياغة القواعد القانونية حيث تكون سبل تطويرها محددة بإجراءات أكثر صعوبة بالنسبة لهذه الأخيرة.

الوسائل العامة للتطور القانوني

رغم أن هنالك وسائل متعددة لتطوير القوانين فإنه يمكن ملاحظة وسائل تطور عامة لدى مختلف الشعوب وفي سائر القوانين، وهذه الوسائل هي: الحيلة أو الافتراض القانوني، مبادئ العدالة، والتشريع. ولا يعني الأمر أن هذه الوسائل لعبت دوراً مماثلاً في مختلف التشريعات وعند مختلف الشعوب، كما أن هذه الوسائل ليست على درجة واحدة من الأهمية بالنسبة لتطوير القوانين. فالحيلة لعبت دوراً أساسياً في تطوير أحكام القانون الروماني ولم تقم الحيلة بهذا الدور في التشريع الاسلامي. كذلك فإن دور التشريع كان محدوداً في تطوير القوانين في العصور القديمة، بينما يحتل التشريع المقام الأول كوسيلة لتطوير القوانين في العصر الحديث.

ولا شك أن هذه الوسائل لم تظهر في وقت واحد بل ظهرت بالتدريج وخلال فترات زمنية متفاوتة. فنتيجة للتطور الاجتماعي، وتحت ضغط الاعتبارات العملية لجأ الفقهاء والقضاة للتحايل على النصوص القائمة في سبيل تخفيف آثار بعض النظم القانونية، أو في سبيل استحداث نظم قانونية جديدة. وفي مرحلة لاحقة، وبسبب الظروف العامة التي انتابت الحياة الاجتماعية في مختلف نواحيها وارتقائها من الناحية الفكرية والأخلاقية، فقد انتشر مبدأ العدالة واحتكم الناس اليه ليهتدوا إلى الحكم السليم بطريق صريح ومباشر. أما المرحلة الأخيرة من التطور فقد برز التشريع كوسيلة لإلغاء أو تعديل أو استحداث القواعد القانونية بما يتلاءم مع التطورات والضرورات العملية في المجتمع[1].

مقارنة بين الحيلة والعدالة والتشريع

ترمي الحيلة إلى تعديل القواعد القانونية بطريق غير مباشر مع احترام

(1) Sir Henry Sumner Maine: Ancient Law, p.p. 27- 28.

النصوص القانونية في ظاهرها. أما العدالة فهي ترمي إلى تعديل هذه القواعد بطريق مباشر وبشكل صريح.

كذلك تختلف الحيلة عن التشريع في كون التشريع يستمدّ قوته من سلطة عليا حاكمة، بينما الحيلة لا تستمد قوتها من هذه السلطة، بل من الضرورات العملية التي أملتها دون أن يكون لها سند في القانون.

ورغم إتفاق التشريع مع مبدأ العدالة من حيث تعديلهما للنظم القانونية بشكل مباشر، إلا أنهما يختلفان في كون العدالة تستمد قوتها من سمو مبادئها واتفاقها مع العقل السليم، أما التشريع فقوته مستمدة من السلطة التي أصدرته[1].

تقسيم

سنعرض في هذا الباب لدراسة مدى تأثير الوسائل الثلاث على تطور القانون الروماني والاشارة بقدر الإمكان إلى مدى هذا التأثير على القانون الانجليزي. ونخصص فصلاً مستقلاً لكل وسيلة من هذه الوسائل على النحو الآتي:

الفصل الأول: الحيل القانونية.

الفصل الثاني: مبادئ العدالة.

الفصل الثالث: التشريع.

---

(1) الدكتور عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، الاسكندرية 1952، ص 93.
والدكتور صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، القاهرة 1963، ص 285.

الفصل الأول

الحيل أو الإفتراضات القانونية
(Fictions Juridiques)

تمهيد وتقسيم

يمكن تعريف الحيلة على أنها «وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون تقوم على أساس إفتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغير نصه»[1].

فالحيلة ترمي في الأساس إلى التعديل في المعنى القانوني دون إجراء أي تعديل في نصوص القواعد القانونية. وقد نشأت الحيل كنتيجة طبيعية لما كانت تتمتع به هذه النصوص من قدسية في النفوس بسبب ظروف نشأتها الدينية، ممّا جعل تعديلها أو إلغاءها ليس بالأمر اليسير، وهذا ما أدى إلى التحايل على هذه القواعد وتطبيقها على حالات لم توضع لها في الأصل، أو عدم تطبيقها لعدم صلاحيتها وذلك بصورة غير مباشرة وغير صريحة، ولذلك فقد قيل بأن الحيلة هي عبارة عن «أكذوبة محبوكة أملتها الضرورة»[2].

ومن الملاحظ أنه كان لا بدّ من انقضاء فترة زمنية معينة لكي يتنبّه المشرّع إلى التحايل الذي كان يحصل في النصوص القانونية، فيعمد بعد ذلك إما إلى اعتماده إذاً رأى في ذلك نفعاً، أو إلغائه إذا رأى في ذلك ضرراً. ولذلك فإن التشريع كوسيلة لتطور القانون لم يظهر إلا بعد ظهور الحيلة بزمن طويل.

ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين بحيث نتناول في المبحث الأول دراسة

---

(1) Ihering: Esprit du droit Romain, p. 291 et s.

(2) الدكتور صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص 292.

الحيلة في القانون الروماني، وفي المبحث الثاني نتناول دراسة الحيلة في التشريع الانجليزي.

المبحث الأول
الحيلة في القانون الروماني

تمهيد وتقسيم

تميّز الشعب الروماني بالمحافظة على التقاليد وهذا الأمر جعلهم يعمدون إلى وسيلة الحيلة لتطوير قواعدهم القانونية لمواجهة التطورات المستجدّة في المجتمع الروماني دون إلغاء النصوص القانونية أو تعديلها مجاهرة. والمشرّع الروماني ترك أمر إصلاح القانون إلى رجال الفقه والحكام القضائيين، باعتبار أن سلطتهم تتناول تطبيق القوانين وتفسيرها ولم يتدخّل إلا بشكل نادر في هذا المجال.

إضافة إلى ما تقدّم فإن طبيعة القانون الروماني، وما كانت تسوده من شكليات ورسميات معينة، ولضيق نطاق تطبيقه باعتبار أن الشخصية القانونية لم يعترف بها إلاّ لفئة قليلة من السكان، ولقسوة أحكامه، جعل الفقهاء والحكام القضائيين يلجأون إلى التحايل على نصوصه لاعتماد أحكام مرنة تتناسب مع مقتضيات المجتمع الروماني المتطور.

لقد استعمل البريتور الحيل في أوسع نطاق، لذلك نجد أن كثيراً من النظم والقواعد القانونية الرومانية نشأت نتيجة اعتماد البريتور لوسيلة الحيلة وسميت بالحيل البريتورية. ولم يقتصر الأمر على البريتور بل نرى أن الفقهاء وخاصة عندما أصبح الفقه مصدراً رسمياً للقواعد القانونية، اعتمدوا على هذه الوسيلة أيضاً وسميت بالحيل الشرعية، كذلك تسري هذه التسمية الأخيرة على إستعمال المشرّع الهذه الوسيلة.

وسواء كانت الحيلة بريتورية أو شرعية فقد استعملت كوسيلة لاستحداث نظم قانونية جديدة، أو في سبيل تعديل بعض النظم والتخفيف من حدّتها، كذلك استعملت لتبرير بعض النظم القانونية القائمة.

وسنعرض في هذا البحث لدراسة الحيلة ضمن ثلاث مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: الحيلة كوسيلة لاستحداث نظم قانونية جديدة.

المطلب الثاني: الحيلة كوسيلة لتخفيف آثار بعض التصرفات القانونية.

المطلب الثالث: الحيلة كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية.

المطلب الأول

الحيلة كوسيلة لاستحداث نظم قانونية جديدة

الملكية البريتورية

رأينا أن القانون الروماني القديم أحاط الملكية بإجراءات خاصة سواء لناحية إنتقالها أو حمايتها. وكانت ملكية الأموال النفيسة تنتقل بالأشهاد أو الدعوى الصورية، أما ملكية الأموال غير النفيسة فقد كانت تنتقل بمجرد التسليم.

ولكن مع الزمن وبانتقال المجتمع الروماني إلى مجتمع تجاري، لجأ الناس للتخلص من الاجراءات الشكلية التي يفرضها القانون القديم إلى اعتماد وسيلة لكسب ملكية المال النفيس عن طريق التسليم وهذه الوسيلة لم يكن يعترف بها القانون المدني.

فالشخص واضع اليد الذي تلقّى مالاً نفيساً عن طريق التسليم إذا فقد وضع يده لا يستطيع من ناحية، أن يطالب باسترداد ملكيته لأنه ليس مالكاً طبقاً للقانون الروماني، كذلك لا يستطيع أن يحتجّ بمرور الزمن، لأن المدّة ربما لا تكون قد انقضت بعد لكسب الملكية. ولقد تدخّل البريتور في هذه الحالة لحماية واضع اليد عن طريق استخدام نظام التقادم. فالشخص الذي تلقى مالاً نفيساً بالتسليم، وكان بيده سند صحيح، وحسن النية يستطيع تملّك المال بالتقادم عن طريق افتراض البريتور أن المدّة اللازمة للتقادم قد انقضت خلافاً للواقع[1]. وهكذا استطاع البريتور أن يستحدث وسيلة جديدة لكسب ملكية المال النفيس سُمّيت بالملكية البريتورية وقامت إلى جانب نظام الملكية القديم.

---

(1) والمدة اللازمة للتقادم هي سنة في المنقولات وسنتان في العقارات.

النيابة في التعاقد

من المبادئ المقرّرة في القانون الروماني أن آثار التصرف القانوني تنصرف إلى الطرفين المشتركين فيه دون غيرهما. فإذا قام النائب بإجراء التصرف القانوني فإن آثار هذا التصرف طبقاً للقاعدة العامة تنصرف إلى ذمة النائب دون الأصيل.

وقد استعمل الرومان قاعدة تقضي بأن يكتسب رب الأسرة الحقوق دون الالتزامات عن طريق ابنه أو رقيقه. ومعظم العقود كالبيع مثلاً كانت تجعل الشخص دائناً ومديناً في نفس الوقت، لذلك فقد تدخل البريتور لجعل آثار التصرف القانوني الذي عقده التابع تنصرف مباشرة إلى ذمة رب الأسرة، وكانت تؤسّس الدعوى على التصرف الصادر من التابع ويطلب إلى القاضي أن يصدر الحكم ضد رب الأسرة. وامتدّ هذا الحكم فيما بعد إلى أشخاص غير تابعين لرب الأسرة.

حوالة الحق وحوالة الدين

القانون الروماني يأخذ بمبدأ استمرار الالتزام الناشئ بين شخصين حتى إنقضائه، فلا يصحُّ انتقال الالتزام سلباً ولا إيجاباً. ولقد أجيز في مرحلة لاحقة انتقال الالتزام بسبب الوفاة، ولكن الضرورات العملية أملت الأخذ بمبدأ انتقال الإلتزام عن طريق عقد الإشتراط الشفوي الذي يقضي باشتراط الدائن الجديد على المدين أن يفي بالدين اليه برضاء الدائن القديم. وكان يعيب هذه الوسيلة اشتراط الحصول على موافقة المدين، وعدم انتقال الدين بكافة صفاته بل حلول دين جديد محله.

ونتيجة للصعوبات السابقة لجأ الرومان إلى وسيلة الوكالة في قبض الدين المصحوبة بهبة، فكان الدائن القديم يوكل الدائن الجديد في قبض الدين ويهبه اليه في نفس الوقت. وعيوب هذه الوسيلة أنها لم تكن تحرم الدائن القديم من حق مطالبة المدين بالوفاء، كذلك لم تحرم المدين من الوفاء للدائن القديم.

ولقد توصّل الفقهاء منذ أواخر العصر العلمي إلى وسيلة أخرى لحوالة الحق. فقد كان الدائن القديم يحوّل حقه إلى الدائن الجديد دون إشتراط الحصول على موافقة المدين، بل يكفي إعلامه بهذا الإجراء.

التوسع في استعمال الإشهاد

كان الإشهاد يعتبر بيعاً حقيقياً لنقل ملكية الأموال النفيسة، وقد تحوّل هذا البيع إلى بيع صوري فيما بعد وأصبح دفع الثمن صورياً، وأصبح الإشهاد وسيلة لانتقال ملكية الأموال النفيسة أياً كان سبب انتقالها، فاستعمل لانتقال ملكية المال بدون مقابل كالهبة، أو لتنفيذ وصية، أو لأنشاء عقود جديدة كالعارية والوديعة.

كذلك استعمل بالنسبة لنقل السلطة الأبوية عن طريق تغيير عبارات الإشهاد، فاستخدم لتحقيق الزواج بالسيادة، وفي التبني، وتحرير الابن من السلطة الأبوية، وبذلك استخدم الإشهاد لأغراض جديدة غير التي أنشئ من أجلها.

التوسع في استعمال الدعوى الصورية

استعملت الدعوى الصورية كوسيلة لنقل ملكية الأموال النفيسة، وكانت تمتاز ببساطة إجراءاتها على خلاف دعوى الإشهاد، فقد كانت الدعوى الصورية تقتضي تصوير النزاع خلافاً للواقع وباتفاق الطرفين لطرحه أمام الحاكم القضائي الذي لا يملك سوى إقراره دون مناقشته. وقد استعملت فيما بعد لتحقيق التبني ولعتق الرقيق. وقد اختفت الدعوى الصورية قبل دعوى الإشهاد بعد عهد دقلديانوس بقليل[1].

المطلب الثاني

الحيلة كوسيلة لتخفيف آثار بعض التصرفات القانونية

تطبيق القانون الروماني على الأجانب

كان تطبيق القانون الروماني يشمل المواطنين الرومان دون الأجانب، ولكن مع إتساع الدولة الرومانية وازدياد عدد الأجانب فيها كان لا بدّ من إيجاد وسيلة تتيح لهؤلاء الأجانب الإستفادة من حق التقاضي أمام المحاكم الرومانية، فلجأ البريتور إلى التحايل على تلك القواعد بافتراض أن الأجنبي هو روماني حتى ينطبق عليه حكم القانون الروماني. ففي جريمة السرقة مثلاً كان

(1) Monier: Op. Cit., p. 406.

البريتور يدمج في البرنامج الكتابي الذي يحيل به الدعوى إلى القاضي صيغة مضمونها أن هذا الأجنبي يعتبر رومانياً، وبذلك يستطيع رفع دعوى جريمة السرقة، أو يمكن أن ترفع عليه ذات الدعوى.

إستمرار الشخصية القانونية عن طريق الإفتراض

لم تكن الشخصية القانونية معترفاً بها لكل الأفراد في القانون الروماني القديم، فكانت امتيازاً لبعض الأفراد دون البعض الآخر، وكان لا بدَّ من توافر بعض الشروط للإعتراف بالشخصية القانونية. وأول هذه الشروط أن يكون الإنسان حراً وليس رقيقاً لأن الرقيق كان يعتبر من عداد الأشياء. وثاني هذه الشروط أن يكون الشخص مواطناً رومانياً وليس أجنبياً لأن الأجانب وفق القانون الروماني لا يتمتعون بحماية هذا القانون ويقتصر تطبيقه على الرومان دون غيرهم. وثالث هذه الشروط أن يكون الإنسان رب أسرة مستقلاً بحقوقه ولا يخضع لسلطة غيره.

فإذا اجتمعت هذه الشروط تمتع الإنسان بالشخصية القانونية واكتسب الأهلية القانونية التي تخوّله اكتساب الحقوق أو تحمل الإلتزامات[1].

أما إذا فقد الإنسان أحد هذه الشروط فقد شخصيته القانونية، وفقدان الشخصية هذا يعبّر عنه بالموت المدني Capits deminutio[2]. فلو حدث أن شخصاً مستقلاً بحقوقه خضع لسلطة غيره عن طريق التبني، أو أن إمرأة مستقلة بحقوقها خضعت لسلطة زوجها عن طريق الزواج بالسيادة، فإنّه يترتّب في كلتا الحالتين فقد الشخصية وانتقال حقوق المتبنّى والزوجة إلى المتبني وإلى الزوج، دون الإلتزامات التعاقدية تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن الخاضعين لسلطة غيرهم يفيدون صاحب السلطة دون أن يلحقوا به أي ضرر.

---

(1) أنظر الدكتور محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القانون: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت 1979: ص 230 ـ 231.

(2) الموت المدني على درجات، ففي حال فقد الحرية يعتبر الموت من الدرجة القصوى، وفي حال فقد الوطنية يعتبر الموت من الدرجة الوسطى، وفي حال تغيير الصفة العائلية يعتبر الموت من الدرجة الدنيا، وفي الحالات الثلاث تقطع الروابط العائلية وتفقد جميع الحقوق المترتبة عليها، فإذا كان الشخص رب أسرة فقد سلطته الأبوية، وإذا كان وصياً انقضت وصايته، ولكن لا أثر للموت المدني على قرابة الدم لوجود علاقة طبيعية قائمة على أساس صلة الدم، وبذلك تبقى أسباب تحريم الزواج بين المحارم قائمة.

وكان يترتب على الوضع السابق الإضرار بالدائنين أصحاب الحقوق، لذلك لجأ البريتور إلى افتراض أنه من مات موتاً مدنياً يتمتع بالشخصية القانونية بالنسبة لما كان عليه من ديون؛ ومن ثم يجوز للدائنين التنفيذ على أموال من فقد شخصيته بالتبنّي أو الزواج.

إساءة استعمال الحق

كان القانون الروماني يحيط الملكية بضمانات كثيرة، من بينها الاشتراطات البريتورية، حيث كان البريتور يلزم مالك المنزل الآيل للسقوط، ويمكن أن يلحق ضرراً بجاره، بالتعهد للجار بتعويضه عمّا قد يلحق به من ضرر خلال مدة معيّنة. فإذا رفض المالك إجراء هذا التعهد وأصاب الجار أي ضرر من المالك، فإنّ البريتور كان يمنح الجار دعوى ضد المالك لمطالبته بتعويض الأضرار كما لو أن هذا التعهد قد تمّ بالفعل، وبناء على ذلك يحكم القاضي ضد المالك بناء على إشتراط بريتوري لم يكن له وجود في الواقع[1].

المطلب الثالث

الحيلة كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية

الشخصية القانونية

الشخصية القانونية كقاعدة عامة تبدأ بالولادة وتنتهي بالوفاة. ولقد أثار تطبيق هذا المبدأ بعض الصعوبات من الناحية العملية وأهمها، حالة الجنين الذي يموت مورثه قبل ولادته، فتطبيقاً للقاعدة السابقة لا يرث الجنين لأنه لم يولد بعد ولم تتكون شخصيته القانونية تبعاً لذلك. لجأ الرومان للخروج عن هذه القاعدة ومن أجل الحفاظ على مصلحة الجنين بالذات إلى افتراض أن الجنين قد ولد قبل وفاة مورثه ومن ثم يتمتع بالشخصية القانونية ويمنح نصيبه من التركة.

كذلك كانت تثور صعوبة بالنسبة للتركة في الفترة الواقعة بين وفاة المورث وقبول الوارث لها، وتسمى بالتركة الشاغرة لأنه لا مالك لها. ونتيجة

(1) الدكتور صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص 280.

لما يترتب على هذا الأمر من صعوبات عديدة من الوجهة العملية فقد لجأ الرومان إلى الحيلة، إما عن طريق اعتبار الوارث أنه قبل التركة من تاريخ وفاة المورث، أو عن طريق افتراض المورّث حياً حتى تاريخ قبول الوارث لها. وقد استعمل أحد هذين الأمرين وفق ما تقتضيه الظروف ومصلحة الوارث.

وقوع الروماني في الأسر

كان الأسر يعتبر من أسباب الرق في القانون القديم والقانون الروماني، وكان الرومان يعتبرون الأسير الأجنبي رقيقاً، أما الأسير الروماني فلم يكن يعتبر كذلك لأن الرومان لم يعترفوا بالقوانين الأجنبية فإذا عاد هذا الأسير إلى روما اعتبر حراً.

وفي مرحلة لاحقة اعتبر الرومان الأسر من أسباب الرق في قانون الشعوب، ولقد أثارت المسألة صعوبات بالنسبة لوفاة الأسير الروماني، إذ أنه يعتبر عديم الشخصية القانونية ولا تنتقل تركته إلى ورثته. ولتلافي هذه النتيجة اعتمد الرومان على افتراض أن الأسير الروماني قد توفي في ذات اليوم الذي أسر فيه، وهذا يعني أنه قد توفي وهو حرّ ومن ثم تعتبر وصيته نافذة وتنتقل تركته إلى ورثته.

التبنّي

ويقصد به خلق السلطة الأبوية والسلطة العائلية خلقاً اصطناعياً عن طريق القيام على الرابطة الطبيعية، وكان الرومان يلجأون اليه عند عدم تحقيق الغرض الرئيسي من نظام الزواج وهو التناسل، وبذلك كان يترتب على نظام التبنّي نفس الآثار التي تترتب على الولادة من الزواج. وهذا الأمر كان يقوم على إفتراض أن المتبنَّى ولد من المتبنِّي، فيرفع المتبنِّي دعوى مدعياً أن الولد ابنه، ويعترف المدعى عليه أمام الحاكم القضائي بصحة الدعوى، فيقرر الحاكم إلحاق الولد بالمدعي باعتباره ابناً له، فيكون للمتبنَّى بالمقابل نفس الحقوق والالتزامات التي للإبن الشرعي، فالتبنّي قائم على أساس إفتراض الصلة الدموية.

المبحث الثاني

الحيلة في القانون الإنجليزي

أثر الحيلة في النظام القضائي

لعبت الحيلة دوراً هاماً في تطوّر القانون في إنجلترا، ولقد اعتمد هذا التطور بصفة رئيسية على مجهود الفقه والقضاء، باعتبار أن القانون غير مكتوب ويعتمد أساساً على التقاليد العرفية المتمثلة في السوابق القضائية.

ومنذ الفتح النورماندي (1066 م) كانت ولاية القضاء موزّعة بين المحاكم الاقطاعية التي كانت تفصل بالنسبة للمنازعات التي تثور بين التابعين لصاحب الاقطاعية، والمحاكم الكنسية التي كانت تفصل بالنسبة للنزاعات التي يكون فيها أحد الخصوم من رجال الدين والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمحاكم الملكية التي كانت تنظر في المنازعات التي تقوم بين النبلاء وكل ما يخلّ بأمن الملك وسلامته والاعتداء على أفراد عائلته أو حاشيته.

ولقد لجأت المحاكم الملكية إلى وسيلة الحيلة لتوسيع اختصاصها على حساب المحاكم الاقطاعية والمحاكم الكنسية حتى استولت على اختصاصات هذه المحاكم ووحدت جهات التقاضي.

ومن أمثلة الحيل ما لجأت اليه المحاكم الملكية لتوسيع اختصاصاتها المدنية، بعد أن كان عملها في هذا المجال إستثنائياً عن طريق إفتراض مخالف للواقع في الاعلان الموجه إلى المدين أنه قد ارتكب جريمة ماسة بأمن الملك ضد المدعي (الدائن)، ومن ثم يجوز القبض على المدين للمثول أمام المحكمة ومطالبته بالدين.

كذلك الحيلة التي استعملت بالنسبة لسلب اختصاص المحاكم الاقطاعية الخاصة بمنازعات الأراضي، حيث افترضت المحكمة في الاعلان الصادر بشأن المنازعات حول الأراضي أن صاحب الاقطاعية قد تنازل عن هذه القضية ومن ثم يؤول الاختصاص إلى المحاكم الملكية.

أثر الحيلة في النظم القانونية

استعملت الحيلة لإنشاء بعض النظم القانونية، أو لتبرير البعض الآخر.

فبالنسبة للشركة كانت القوانين القديمة تقوم على أساس افتراض رابطة القرابة بين الشركاء. فقد كانت التقاليد الايرلندية تطلق إسماً واحداً على الورثة في الشركة وعلى الشركاء في الشركة، على اعتبار أن رابطة القرابة هي أساس العلاقة بين الورثة وبين الشركاء. وترك هذه النظام أثراً واضحاً في الشركات الانجليزية الحالية ذات الأصل القديم، حيث يمكن أن نلاحظ العبارة الآتية: «المتضامنون في الطعام والعبادة والمال»[1].

كذلك اعتبرت الوضاعة في القانون الايرلندي القديم مماثلة للقرابة الحقيقية ويترتب عليها الآثار المترتبة على هذه القرابة، ويتصل بهذا الأمر «الرضاع الأدبي» Literary fosterage ويطلق على الصلة الروحية بين المعلم والتلميذ، وشبهت هذه الصلة بالقرابة الحقيقية التي تقوم بين الأب والابن. لذلك فقد منح القانون الايرلندي المعلم سلطة شبيهة بالسلطة الأبوية، ومنحه حق الانتفاع بجزء من الأموال التي تؤول إلى تلاميذه[2].

إلى جانب ما تقدّم فإن القانون الانجليزي يقرر مصادرة أموال المجرم في بعض الحالات كحالة الخيانة العظمى، فتؤول هذه الأموال إلى الدولة ولا تنتقل إلى الورثة، وقد برّر الفقهاء هذا الأمر على اعتبار أن من ارتكب الجريمة لديه فساد في دمه العائلي وهذا ما يترتّب عليه إيقاف الإرث الشرعي.

---

(1) الدكتور صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص 309.

(2) ويقرر قانون مانو الهندي هذا النظام حيث يحق للمعلم الإرث في أموال طلابه، وهذا الحق يقرّر أيضاً للطلبة فيما بينهم.

الفصل الثاني

مبادئ العدالة

تمهيد

يمكن تعريف العدالة بأنها شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير ويهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه[1]. وفكرة العدالة ظهرت لتحكم العلاقات بين أفراد المجتمع، وتحقيق المساواة فيما بينهم، والقضاء على الغش والخداع، وتعويض الأفراد عما يلحقهم من ضرر من جراء تصرفات الغير.

والقانون من ناحية أخرى يسعى لتحقيق هذه الأهداف عن طريق تنظيم العلاقات بين الناس في المجتمع، ومن ثم فالقانون يعتمد على العدالة في استخلاص الصيغ والقواعد، وهذا ما دعا شيشرون إلى القول بأن العدالة هي جوهر القانون. ومع ذلك فإن هنالك بعض القواعد القانونية قد تتعارض مع مبدأ العدالة[2].

والعدالة ترمي إلى تعديل القانون بصورة مباشرة وظاهرة، وذلك على خلاف الحيلة. والعدالة تستمد قوتها من سمو مبادئها التي تتفق مع العقل السليم وبذلك تختلف عن التشريع الذي يستمد قوته من الهيئة الحاكمة التي تختص به.

أما من ناحية ظهورها فهي لاحقة لظهور وسيلة الحيلة بعد أن ضعف أثر قدسية النصوص في نفوس الناس، ولقد اعتمدتها الشعوب القديمة وأخذت بها المجتمعات الحديثة أيضاً، وهي واحدة لدى الشعوب المختلفة وإن تعددت صورها. فالعدالة مستمدة من القانون الطبيعي عند اليونان، ومستمدة

(1) الدكتور صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص 322.

(2) كقاعدة عدم جواز الاحتجاج بعدم العلم بالقانون فهذه من القواعد القانونية المناقضة لمبدأ العدالة، إذ العدالة تقتضي العلم بالقانون حتى يمكن تطبيق حكمه.

من قانون الشعوب ومن القانون الطبيعي عند الرومان، ومصدرها ضمير الملك عند الانجليز، وتظهر في الفقه الإسلامي بصورة الرأي.

تقسيم

نقسم هذا الفصل إلى مبحثين لدراسة مبادئ العدالة في القانون الروماني وفي القانون الانجليزي وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: العدالة في القانون الروماني.

المبحث الثاني: العدالة في القانون الانجليزي والتشريعات الحديثة.

المبحث الأول

مبادئ العدالة في القانون الروماني

القانون الطبيعي عند اليونان

لاحظ فلاسفة اليونان أن العالم يسير وفق قانون عام ثابت أزلي، ولا يتغير بتغير الزمان أو المكان وتسيّره قوّة عليا وفق سنن ثابتة. وقد أطلق الفلاسفة على هذا القانون الخالد الأزلي الذي يصدر عن تلك القوة وينظم ما في الطبيعة من عوالم مادية ومعنوية بالقانون الطبيعي.

وكان للمدرسة الرواقية الفضل في إيضاح طبيعة قواعد القانون الطبيعي، ورأى فلاسفة هذه المدرسة وجوب مراعاة المشرّع الوضعي فيما يصدره من قوانين أن تكون مطابقة للقانون الطبيعي وغير متناقضة معه. ويضيف هؤلاء الفلاسفة بأن على الإنسان أن يعيش وفق مبادئ الطبيعة مبتعداً عن الملذات والمظاهر الكاذبة، معتمداً التقشف والزهد في حياته، متحلياً بالفضائل المعروفة وهي الحكمة والشجاعة والعدالة والاعتدال، ويسير على هدي هذه الفضائل.

وقد تمكنت المدرسة الرواقية من الاتجاه بفلسفتها نحو هذه الوجهة الانسانية، فنادت بإلغاء الفوارق الاجتماعية بين الناس في كافة المجتمعات، وذلك من خلال اعتماد مبادئ القانون الطبيعي الذي يخضع له الفرد والدولة على السواء، والذي يجب الاعتراف بسيادته على كافة القوانين الوضعية إذا تعارضت أحكام هذه الأخيرة مع أحكام القانون الطبيعي.

تطور القانون الطبيعي عند الرومان

تطورت فكرة العدالة عند الرومان بتطور المجتمع الروماني وانفتاحه على العالم الخارجي، حيث اضطر الرومان إلى البحث عن سبل تمكنهم من تعديل قوانينهم لمواجهة العلاقات الناشئة عن فتوحاتهم الكبيرة. ولقد طبّق الرومان في علاقاتهم المتعددة مبدأ التعادل والتساوي بين الأفراد بقصد تحقيق الصالح العام، وهو ما عرف عند الرومان بالعدالة. وأدى هذا الأمر إلى نشوء نظم وقواعد غير معروفة في القانون المطبق بالفعل، وقد أملتها الضرورات العملية في المجتمع البشري.

لم يقتصر الأمر على تطبيق هذه القواعد على الرومان، فقد تطور الأمر بعد ذلك ليكون مبدأ العدالة مصدراً رئيسياً لمجموعة القواعد التي تحكم علاقات الرومان بالأجانب، أو علاقات الأجانب مع بعضهم البعض، عن طريق بريتور الأجانب الذي أنشأ ما سمي بقانون الشعوب مستوحياً أحكامه من أحكام القانون المدني والقواعد المتعارف عليها بين مختلف الشعوب ومبادئ العدالة.

وفي أواخر العصر الجمهوري طبّق البريتور المدني أحكاماً كثيرة كان قد أخذ بها بريتور الأجانب على الرومان أنفسهم. كذلك بدأت في هذه الفترة فكرة القانون الطبيعي الأغريقي تسيطر على عقول الكثيرين من فقهاء وفلاسفة الرومان والذين استعانوا بها لوضع بعض النظم والقواعد التي لا تستند إلى نصوص القانون الروماني. لذلك فقد ساد الخلط بين قانون الشعوب والقانون الطبيعي.

ومع ذلك، فقد ترد أحكام في قانون الشعوب ربما تكون مخالفة للقانون الطبيعي، ولكن اعتماد هذه الأحكام أملتها الضرورات العملية عند مختلف الشعوب كالأخذ بنظام الرق رغم تناقضه مع مبادئ القانون الطبيعي.

القانون الطبيعي وصلته بالقوانين الوضعية

أخذ الرومان عن اليونان فكرة القانون الطبيعي الذي عرّفه شيشرون بأنه «... قانون موافق للطبيعة، معروف للجميع، خالد أبدي، يدعونا إلى اتباع ما يأمر به، وينهانا عن ارتكاب ما يحرّمه، ولسنا في حاجة إلى اليوس (فقيه

روماني) لشرحه وتفسيره، فهو لا يختلف في روما عنه في أثينا، ولا يختلف في يومه عنه في غده، فهو قانون أحد خالد على الزمن ثابت لا يتغير، وهذا القانون لم يصنعه البشر بل الله خالق الكون...»[1].

هذه القواعد السامية التي أوجدتها الطبيعة يكشف عنها العقل السليم، فهنالك بعض القواعد والمبادئ التي أوحت بها الطبيعة إلى الانسان لتحكم العلاقات في المجتمع بقصد تحقيق العدالة بين الناس، وإذا كان الأمر كذلك فما هي صلة القانون الطبيعي بالقانون المدني وقانون الشعوب؟

الواقع أنّ هذا الاختلاف يرجع إلى اختلاف مصدر كل من هذه القوانين، ومن ثم اختلاف أحكامها والجزاءات المترتبة على مخالفة هذه الأحكام، ومدى احترام الناس لها. فالقانون المدني وهو القانون الذي يحكم شعباً معيناً دون غيره من الشعوب، قد يكون مصدره القانون الطبيعي، أو قانون الشعوب، أو المصادر القانونية الأخرى من تشريع أو فقه أو قضاء أو غيرها. وقد تتضمّن هذه المصادر مبادئ مخالفة للقانون الطبيعي، ومع ذلك يلتزم الناس باحترام القانون المدني خشية توقيع الجزاء عليهم.

أما قانون الشعوب فيعتمد على القانون الطبيعي في معظم أحكامه، ولكنه قد يحتوي على بعض المبادئ المخالفة للقانون الطبيعي، والتي أصبحت لازمة بحكم الضرورة في المجتمع الإنساني كالرق مثلاً.

أما القانون الطبيعي فهو قانون عام لا يختص به شعب دون الآخر، وأحكامه مستمدة من الطبيعة ذاتها، يهدي إليها العقل السليم، وتستمد قوتها من سمو مبادئه المطابقة دائماً للعدل والخير.

وباعتبار أن القانون الطبيعي هو القانون العام للإنسانية، وتتفق كافة أحكامه مع مبادئ الطبيعة، فإن القانون المدني وقانون الشعوب يجب أن يسيرا على هديه وأهدافه.

أثر العدالة في القانون الروماني

لعبت العدالة دوراً مهماً منذ القرن الثالث قبل الميلاد في تطوير أحكام

(1) أنظر في تعريف القانون الطبيعي: مدونة جستنيان: ترجمة عبد العزيز فهمي المرجع السابق: ص 6.

القانون الروماني، فعلى أساسها صاغ البريتور قانون الشعوب الذي أثر بدوره في القانون المدني، لقد استعان الفقهاء بفكرة العدالة لتفسير وتطبيق القواعد القانونية، وأسسوا عليها بعض المبادئ التي لا تستند إلى النصوص القانونية، وأصبح هذا المبدأ معترفاً به بشكل صريح في عصر الامبراطورية السفلى حيث أباح الامبراطور قسطنطين للقاضي اللجوء إلى مبادئ العدالة عن طريق مرسوم خاص صدر بهذا الشأن.

لا يمكن حصر الحالات التي اعتمدت فيها العدالة كأساس لتطوير أحكام القانون، ونكتفي بالإشارة إلى أهم تطبيقات فكرة العدالة سواء كان مردها إلى تحقيق المساواة بين الناس، أو تخفيف آثار بعض النظم القانونية، أو استحداث بعض النظم الأخرى[1].

تحقيق المساواة بين الناس

كانت التفرقة بين المجتمع الروماني القديم سائدة بين الرومان أنفسهم، فهنالك طبقة الأشراف وطبقة العامة، وهنالك الأحرار والأرقاء، ورب الأسرة وأبناء الأسرة. كذلك كانت التفرقة سائدة بين الرومان والأجانب، حيث كان القانون يطبق على الرومان دون الأجانب.

هذه التفرقة تتعارض مع مبادئ العدالة، لذلك فقد ألغيت في مرحلة لاحقة بين الأشراف والعامة. وبذات الاتجاه فقد منح بريتور الأجانب بعض الحقوق للأجانب كحق التعامل، وحق التقاضي، وبعض الحقوق المتعلقة بنظام الأسرة. كذلك صدر مرسوم الامبراطور كراكلا يمنح بموجبه الجنسية الرومانية لمعظم طبقات الأجانب سنة 212 ميلادية. وقد تمّ القضاء على كل أثر للتمييز بين الأجانب والرومان في عهد الامبراطور جستنيان.

كذلك استعان الرومان بمبادئ العدالة لتحسين وضع الرقيق، فاعترفوا بوجود قرابة طبيعية بين الآباء والأبناء من الرقيق، وترتب على هذا الوضع أن أصبحت هذه القرابة مانعاً للزواج وسبباً من أسباب الإرث بعد العتق. واعترف للرقيق أيضاً بنوع من الشخصية القانونية ضمن شروط معينة.

---

(1) أنظر التفصيل: Sir Carleton Kemp Allen: Law in the making, oxford university press 1964, pp. 393- 399.

كما أدّت العدالة إلى تغيير نظام الأسرة عند الرومان، فظهرت القرابة الطبيعية القائمة على صلة الدم بجانب القرابة المدنية القائمة على سلطة رب الأسرة ثم حلّت محلها، وأصبح يترتب عليها اكتساب بعض الحقوق كحق الإرث.

وفي مرحلة لاحقة بدأ الإبن داخل الأسرة يتمتع بنوع من الشخصية القانونية بعد أن كان هذا الأمر مقصوراً على رب الأسرة.

تخفيف آثار بعض النظم القانونية

إستعان الرومان بتطبيق مبادئ العدالة لتخفيف آثار بعض النظم القانونية. فبعد أن كانت التصرفات القانونية لا ترتب آثارها إلا إذا أفرغت في قالب شكلي معين، أصبحت هذه التصرفات تنتج آثارها القانونية ولو لم تراعَ الاجراءات الشكلية، وذلك وفق مبدأ حسن النية الذي يعتبر من أهم تطبيقات فكرة العدالة. وعلى هذا الأساس أُلغيت بعض التصرفات القانونية ذات الطابع الشكلي كعقد القرض الرسمي، وتغلّب المعنى على اللفظ في عقد الاشتراط الشفوي منذ صدور مرسوم الامبراطور ليون عام 482 ميلادية.

كما ترتّب على الأخذ بمبدأ العدالة أيضاً أن نشأت عقود يكتفي فيها بالتراضي دون أن تكون هذه العقود قد أفرغت في قالب شكلي معين، وهذه العقود الرضائية المعروفة في القانون الروماني، هي: البيع، الإيجار، الشركة، والوكالة[1].

أما بالنسبة لتفسير النصوص والتصرفات القانونية فلم يعد الرومان يعتمدون على حرفية النصوص كما كان الوضع في السابق، بل لجأوا إلى التفسير المنطقي والبحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف، بحيث أصبحت العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. وقد ترتب على هذا الأمر إتساع سلطة القضاء في تفسير الاتفاقات.

إستحداث مبادئ قانونية جديدة

تطبيقاً لمبادئ العدالة، استحدث الرومان نظماً قانونية جديدة ليس لها

---

(1) أنظر بالتفصيل مدونة جستنيان: الكتاب الثالث، الباب (22 ـ 26) بالنسبة لعقد البيع أنظر: G. May: Op. Cit., N° 146.

أي سند في النصوص الوضعية[1]، ومن هذه النظم عدم جواز إلحاق الغبن الفاحش بأحد طرفي العقد، وعدم جواز إثراء أحد الأشخاص على حساب غيره بدون وجه حق، تطبيقاً لمبدأ يعرف في العصور الحديثة بقاعدة التناسب بين الغرم والغنم في المعاملات.

وتطبيقاً للمبدأ ذاته فقد اتبع الرومان قاعدة عدم جواز المغالاة في ممارسة الحق لما ينتج عن ذلك من إجحاف وظلم لأفراد المجتمع، فيكون من مستلزمات العدالة أن تجد سبيلاً عادلاً لرفع الظلم عن البشر وإلزام الأفراد في تعويض الغير عن الأضرار التي يسببونها لهذا الغير، وهذه النظرية تعتبر تطبيقاً لمبدأ معروف في التشريعات الحديثة بعدم جواز التعسف في استعمال الحق.

المبحث الثاني

العدالة في القانون الانجليزي[2] والتشريعات الحديثة

مصادر القانون العادي (Common Law)

ترتب على توحيد جهات القضاء في إنكلترا وحصرها في المحاكم الملكية كما رأينا سابقاً أن توحد القانون الواجب التطبيق، وسمي بالقانون العادي، وأصبحت المحاكم الملكية تسمّى باسم محاكم القانون العادي (Courts of Common Law).

ويمكن القول بأنّ مصادر القانون العادي يمكن حصرها في بعض التقاليد والعادات العرفية التي استقرت بصورة واضحة، وفي بعض القرارات والقوانين التنظيمية التي كان يصدرها الملوك، وفي بعض المبادئ والقواعد الفقهية الصادرة من فقهاء شغلوا مناصب قضائية كبرى، وأخيراً من السوابق القضائية التي تعتبر من أهم مصادر القانون العادي. والسوابق القضائية لعبت دوراً مهماً

(1) تعتبر العدالة أو مبادئ القانون الطبيعي مصدراً لأحكام بعض التشريعات المعاصرة والتي على أساسها صدرت وثيقة إعلان الاستقلال في الولايات المتحدة الأميركية عام 1776، ومبادئ حقوق الإنسان في فرنسا عام 1789، ونصّت عليها المادة 221 من قانون الموجبات والعقود في لبنان التي قضت بأن العقود المنشأة على الوجه القانوني يجب أن تفهم وتفسّر وتنفّذ وفاقاً لحسن النية والعدل والعرف.

(2) Sir Carleton Kemp Allen: Op. Cit., p. 399- 425.

في تطوير القانون الانجليزي وتكوين قواعده، وتكوّن من مجموعة من القواعد والمبادئ القانونية التي أقرّتها المحاكم الملكية (المحاكم العادية فيما بعد) منذ القرن الثالث عشر.

أصيب القانون العادي بنوع من الجمود منذ القرن الرابع عشر، فالمحاكم العادية حصرت نفسها في دائرة السوابق القضائية دون أن تعمل على تجاوزها حتى لو ظهرت مجافية لمبادئ العدالة، وغير ملائمة لتطور المجتمع. والمشرّع الانجليزي لم يتدخل إلاّ نادراً لاصلاح هذا الوضع إلا خلال القرنين السابع عشر والتاسع عشر.

ظهور قانون العدالة (Equity Law)

كان لجمود القانون العادي، وابتعاد قواعده عن روح العدالة، وقصور أحكامه عن إيجاد حلول لبعض المسائل، من الأسباب التي أدّت بالأفراد إلى عدم اللجوء إليه، وتقديم تظلماتهم إلى مستشار الملك الذي كان يرأس مجلساً إستشارياً خاصاً بالملك، ويعيّن من كبار رجال القانون. ورغم أن مستشار الملك لم يكن له إختصاص قضائي فإن الملك كان يحيل عليه شكاوى الأفراد، وكانت قرارات مستشار الملك ذات صبغة إدارية أكثر منها قضائية، ويحكم بما يمليه العقل ومبادئ العدالة، ويحكم طبقاً للقانون العادي.

إنتهى التطوّر بوجود محكمة خاصة يرأسها المستشار تحكم بما يطابق العقل والعدل وسميت بمحكمة المستشار Chancellery Court، وقامت بوظيفتها إلى جانب المحاكم العادية. ولقد توصل الانجليز إلى هذه المرحلة عن طريق اعتبار أن أحكام المحكمة العادية ليست نهائية ومن ثم يمكن التظلم من أحكامها أمام الملك باعتباره صاحب الحق الأول في توزيع العدل، وأوكل هذه المهمة إلى محكمة برئاسة المستشار. وبذلك أصبح الملك بواسطة مستشاره صاحب الحق في إقامة العدل وإدارة القضاء.

ومع الزمن تكوّنت مجموعة من المبادئ القانونية سميت بقانون العدالة. وهذه التسمية ترجع إلى أن محكمة المستشار إعتمدت على العدالة في إصدار أحكامها. وتنسب مبادئ العدالة إلى الملك باعتباره صاحب الحق الأول في توزيع العدل بين رعيته، وأطلق على محكمة المستشار في بادئ الأمر تسمية

محكمة الضمير، أي ضمير الملك، وأطلق على مستشار الملك تسمية حافظ ضمير الملك[1].

أثر العدالة في القانون الانجلوسكسوني

ظهر أثر العدالة في كثير من القواعد والنظريات القانونية سواء لناحية إجراءات التقاضي أو لناحية المبادئ القانونية.

فمن ناحية القانون العادي كان لا بدّ من اتباع إجراءات طويلة ومعقدة لإجبار المدين على الوفاء بدينه، بينما كانت محكمة المستشار تستطيع إلزام الخصم بالحضور، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة ازدراء المحكمة، كذلك كانت تمنح الدائن حق الحجز على أموال مدينة لإستيفاء حقه إذا رفض المدين تنفيذ الحكم.

كما كان من حق محكمة المستشار إصدار أوامر ونواهي يلتزم بها الأفراد وإلا تعرضوا لتوقيع الجزاء عليهم. واستعملت هذه الوسيلة لسلب اختصاصات المحاكم العادية عن طريق إلزام المدعي بعدم السير في إجراءات الدعوى أمام المحاكم العادية بسبب مجافاتها لمبادئ العدالة.

أما بالنسبة لتخفيف آثار بعض مبادئ القانون العادي ومواجهة قصوره فقد اعتدّت محكمة المستشار بإرادة الطرفين في التصرفات القانونية، وما يكون قد لحق بها من غش أو إكراه رغم توافر الصيغة الرسمية لهذه التصرفات، وذلك على خلاف الحال في القانون العادي.

كما منحت محكمة المستشار الزوجة حق إدارة أموالها والتصرف بها، خلافاً لما كان القانون العادي يفرضه من جعل الادارة والتصرف من حق الزوج.

وكما ظهرت في القانون الروماني الملكية البريتورية إلى جانب الملكية

---

(1) نسب الرومان قانون العدالة إلى القانون الطبيعي الذي استمدوه من الفلسفة الاغريقية. ورغم أن المستشار كان ينسب أحكام العدالة إلى ضمير الملك فإنه كان يستمدها في الواقع من القانون الطبيعي وبعض قواعد القانون الروماني وكانا مختلطين بالقانون الكنسي. والسبب الرئيسي لإخفاء هذه الحقيقة هو الكراهية في ذلك العهد للقانون الروماني والقانون الكنسي بسبب المنافسة التي كانت قائمة بين المحاكم الكنسية والمحاكم الملكية.

الرومانية، كذلك اعترف قانون العدالة بانتقال الملكية دون اتباع تلك الاجراءات الخاصة التي كان يفرضها القانون العادي ما دامت نيّة التمليك والتملك قد وجدت ولم يَشُبِ انتقالها أي عيب من العيوب.

وهكذا كان يوجد نوعان من المحاكم: المحاكم العادية ومحاكم العدالة، ونوعان من القوانين، القانون العادي وقانون العدالة، وهذا ما أدى إلى التنازع وتدخّل المشرّع في كثير من الحالات لتغليب قوانين العدالة.

وانتهى الأمر بتوحيد جهات القضاء والقانون، فنظمت المحاكم العادية ومحاكم العدالة على أساس واحد لتطبيق القانون العادي وقانون العدالة مع إعطاء الأفضلية لهذا الأخير في حال الاختلاف[1].

العدالة في التشريعات الحديثة

لم تندثر فكرة العدالة التي تمخّضت عن الحضارتين اليونانية والرومانية بل إمتدّت آثارها إلى القوانين الحديثة بصورة مختلفة، ولقد لوحظ تطوّر فكرة القانون الطبيعي خلال القرون الوسطى على يد الفلاسفة خاصة من رجال الدين المسيحيين، ثم جاء عصر النهضة الذي امتد من القرن الخامس عشر إلى نهاية القرن السادس عشر وبدأت مبادئ القانون الطبيعي تحل محل الفلسفة اللاهوتية[2] التي تزعّمها رجال الدين في العصور الوسطى.

وخلال العصور الحديثة التي تعتبر أنها تبدأ ببداية القرن السابع عشر أخذت فكرة القانون الطبيعي دورها في التفاعل في الاطار الذي خلّفته الفلسفة اليونانية والفلسفة الرومانية. وعلى أثر اندثار النظام الاقطاعي، وزوال سلطة الكنيسة ظهرت علاقة الدولة بالافراد على أساس القانون الطبيعي أي على أساس الحقوق الطبيعية التي كان يتمتع بها الافراد قبل تكوين الدولة، ومن ثم على هذه الأخيرة حماية هذه الحقوق ومنع الاعتداء عليها، وقد قرّر بعض الفلاسفة (ومنهم روسو) في هذه المجال بأن علاقة الدولة بالأفراد تقوم على

(1) يقارن الشراح عادة في هذا المجال بين الازدواج الحاصل في القانون الروماني (القانون المدني والقانون البريتوري)، والازدواج الحاصل في القانون الانكليزي (القانون العادي وقانون العدالة)، ويلاحظ الشراح أن الغلبة كانت للقانون البريتوري ومبادئ العدالة.

(2) قامت هذه الفلسفة على أساس أن يحترم الفرد الحاكم ويطيعه، وعلى الحاكم طاعة البابا وإلا حق لهذا الأخير أن يوقّع العقاب عليه.

أساس عقد يستند إلى رضاء هؤلاء بالتزول عن بعض حقوقهم في مقابل توفير الدولة حمايتها واحترامها لباقي الحقوق، وكان ذلك مقدّمة للثورة الفرنسية وإعلان حقوق الانسان سنة 1789 الذي تبنّته دساتير كثيرة في العالم.

وقد تطوّرت كذلك أفكار مبادئ القانون الطبيعي على يد بعض المفكرين والفلاسفة بحيث أصبحت بمثابة مدرسة أول من سلك طريقها العالم الهولندي جروسيوس الذي وضع مؤلفاً عن قوانين الحرب والسلام اعتمد فيه على مبادئ القانون الطبيعي لأنها تصلح في كل زمان ومكان، وأطلق على القانون الدولي العام قانون الشعوب.

والتشريعات كمبدأ عام تأخذ بمبادئ العدالة في حالات عدم كفاية النصوص قصورها في معالجة المسائل المطروحة، وبعضها نصّ على ذلك بشكل صريح[1]، والبعض الآخر أوردها بصورة ضمنية وفي مثل هذه الحالة الأخيرة يتعيّن على القاضي أن يفصل فيما يعرض أمامه من منازعات، ولا يجوز أن يمتنع عن الحكم بحجّة غموض النصوص أو نقصانها وإلا عدّ ممتنعاً عن إحقاق الحق[2] وهو يقضي طبقاً لمبادئ العدل والانصاف ويطبق المبادئ القانونية العامة التي قد يستمد أساسها من قواعد القانون الوطني أو من تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية أو من أحكام الفقه الاسلامي.

---

(1) أنظر المادة الأولى من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري.

(2) أنظر بهذا المعنى المادة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية، والمادة 3 من قانون التجارة اللبناني.

الفصل الثالث

التشريع

دور التشريع في تطوير القانون

يقصد بالمعنى العام للتشريع وضع القواعد القانونية لحكم العلاقات الاجتماعية بصرف النظر عن مصادر تلك القواعد، سواء كانت معلومة كالعرف والقضاء، أو كانت ناتجة عن تفسير للقواعد الموجودة كآراء الفقهاء في مجال التوسع في تطبيق تلك القواعد.

أما المعنى الأخصّ للتشريع فيقصد به إصدار القواعد القانونية لتنظيم العلاقات بين الناس بواسطة السلطة العامة، وإلزام الناس باحترام هذه القواعد، والسلطة العامة قد تكون هيئة ممثلة للشعب كما في النظم الديمقراطية، وقد ينفرد بها فرد أو هيئة كما في النظم الدكتاتورية.

والتشريع من وسائل تطور القوانين لم يظهر إلا في وقت لاحق لظهور الحيلة ومبادئ العدالة. وهذا أمر طبيعي، إذ أن نشأة القواعد القانونية كانت لصيقة بالعنصر الديني وهذا ما منحها القدسية في النفوس، وجعل من الصعب تعديلها أو إلغاءها بشكل صريح[1].

لقد اعتمد الرومان على وسيلة الحيلة لتطوير أحكام قانونهم، بعد أن ثبت قصوره وجموده، وعندما ارتقت أخلاق الناس وأفكارهم، وخفّت حدّة قدسية النصوص في نفوسهم استعانوا بمبادئ العدالة لتطوير أحكام القانون

(1) الدكتور زهدي يكن: تاريخ القانون، بيروت، الطبعة الأولى 1966 ص 229 وما بعدها.

بشكل مباشر، وعندما قوي نفوذ السلطات العامة ظهر التشريع كوسيلة لانشاء وتعديل وإلغاء النظم القانونية وإلزام الناس بأحكامها.

والتشريع لم يلعب في الشرائع القديمة الدور الذي لعبته الحيلة أو مبادئ العدالة فتدخل المشرّع كان يرجع لاعتبارات إجتماعية أو سياسية ملحّة، كوضع حدّ للنزاع بين الطبقات، أو إصلاح اجتماعي خطير. ولكن دور التشريع إزداد أهمية في العصور الحديثة حيث أصبح المصدر الأساسي للقواعد القانونية وتطويرها، بينما تراجع دور الحيلة أو العدالة ليحتل مرتبة ثانوية في هذا المجال.

دور التشريع في تطور القانون الروماني

رأينا أن القانون الروماني نشأ نشأة عرفية، ومن ثم فإنه لم يكن للتشريع سوى دور ثانوي ومحدود في تكوين القواعد القانونية خلال العصرين الملكي والجمهوري. وما صدر من تشريعات في تلك الفترة كان لأسباب سياسية كقانون الألواح الاثني عشر، والقوانين التي صدرت للمساواة بين العامة والأشراف، وبين الرومان واللاتين، أو لأسباب اجتماعية خطيرة كالقوانين المتعلقة بالإصلاح الزراعي، ومحاربة البذخ والإسراف، كذلك صدرت بعض القوانين لمعالجة بعض العيوب في النظام القضائي كقانون إيبوتيا[1].

وفي العصر الامبراطوري أصبح التشريع هو المصدر الأساسي لتطوير القواعد القانونية إلى جانب الوسائل الأخرى، وقد تركّز بشكل خاص على الأحكام التي أتى بها الفقهاء والحكام القضائيون لمواجهة التطورات في المجتمع. وفي عهد الامبراطور جستنيان أصبحت إرادة الامبراطور هي المصدر الوحيد للقواعد القانونية ومن ثم أصبح التشريع الوسيلة الوحيدة لتطوير القوانين أو تعديلها أو إلغائها.

ولقد أشرنا إلى دور المجالس التشريعية عند الرومان وتطور هذا الدور

---

(1) من التشريعات الهامة عند اليونان قانون صولون الذي حلّ محل قانون دراكون لقساوة أحكام هذا الأخير، وبقي قانون صولون مطبقاً إلى جانب اجتهادات القضاة على ضوء مبادئ العدالة حتى الفتح الروماني حيث سادت الشريعة الرومانية بمقتضى قانون جوليا Julia سنة 89 قبل الميلاد والذي منح الجنسية الرومانية للسكان وسوى بين المواطنين الرومان وسكان المستعمرات اللاتينية.

من خلال دراستنا للعصور المختلفة التي مرّت بها الامبراطورية الرومانية، فيقتضي الرجوع إليها لمعرفة أهمية الدور التشريعي لهذه المجالس سواء تمثلت بالمجالس الشعبية أو مجلس الشيوخ أو الحكام أو الامبراطور.

دور التشريع في القوانين الانجلوسكسونية

لم يحتل التشريع مكانة هامة في القانون الانجلوسكسوني، لأن القوانين اعتمدت بصفة أساسية على السوابق القضائية، ولأن الشعب لم يكن يثق بالتشريع لأنه مظهر لتعسّف الحكام واستبدادهم، وأداة بيد الحاكم الذي يستطيع فرض ما يشاء دون رقيب أو حسيب، وبذلك إتسمت المرحلة القديمة بندرة التشريعات بصفة عامة.

ومن أهم التشريعات التي صدرت دستور كلارندون (1166 م) Constitution of Clarendon وبموجبه منعت المحاكم الكنسية من النظر في دعاوى الأراضي والديون ولو كان أحد المتقاضين فيها من رجال الدين.

ولكن أكثر التشريعات أهمية كانت الوثيقة العظمى Magna Charta وقد أصدرها الملك جون سنة 1215 م. وتضمنت المبادئ التالية:

- تقييد اختصاص محاكم الملك المتنقلة.
- نزع الاختصاص الجزائي من سلطة الحكم الاداريين.
- عدم القبض على أي شخص أو حبسه أو نفيه أو إعدامه أو مصادرة أمواله إلا بعد محاكمته طبقاً للقوانين النافذة في البلاد.

ولقد ترتّب على هذه الوثيقة استقرار الأسس الذي قام عليه نظام المحلفين وبموجبه تشترك هيئة مختارة من أفراد الشعب مع القاضي في محاكمة المجرمين، وقد انتشر مثل هذه النظام في بعض الدول الأوروبية وفي الولايات المتحدة الاميركية، كما كان من آثاره وجود نيابة عامة تسهر على حسن سير العدالة الجزائية وصحة تطبيق القوانين بصورة تحقق الغاية من وضعها.

القسم الثاني

الشريعة الإسلامية

تمهيد

تعتبر دراسة أحكام ومصادر الشريعة الإسلامية من الدراسات الهامة في مجال إنشاء وتطوير الأنظمة القانونية، لأنها أرست قواعد وروابط للعلاقات الإنسانية لم تكن موجودة من قبل، كما أنها أوجدت مفاهيم جديدة لمبادئ الخير والحق والعدالة تتلاءم مع التطورات الفكرية في كل زمان ومكان.

نشأت الشريعة الإسلامية كغيرها من الشرائع ثم إتسعت أحكامها وتطورت حتى اتخذت الصبغة العالمية، إلا أنها انفردت عن غيرها من الشرائع الأخرى بمميزات كثيرة منها ما يتعلق بمصادر هذه الأحكام التي ترجع إلى أساس ديني أو سماوي، ومنها ما يتعلق بجوهر هذه الأحكام وطبيعتها الإنسانية، بالإضافة إلى المبادئ العامة والقواعد الكلية التي تضمنتها.

والدراسة التاريخية للشريعة الإسلامية لا تقلّ أهمية عن الدراسة التاريخية للتشريع الروماني، من حيث التعرّف على تلك المبادئ والأسس التي أتت بها الشريعة الإسلامية وأخذت بها الشرائع الحديثة، كنظرية التعسف في استعمال الحق، وحوالة الدَّيْن، ومبدأ الحوادث الطارئة، والغبن، والأهلية، والرهن العقاري، والأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية إلى غير ذلك من المبادئ. إضافة إلى أن القانون الروماني قد طبّق في لبنان وبعض البلاد العربية فترة طويلة من الزمن استمرت حتى سقوط القسطنطينية على يد الأتراك سنة 1453 ميلادية؛ وقد حلّت الشريعة الإسلامية محل القانون الروماني بعد هذا التاريخ.

واستمرّ هذا الأمر حتى الحرب العالمية الأولى (1914 ـ 1918) حيث تمّ انسلاخ البلدان العربية عن الدولة العثمانية بعد هزيمة هذه الأخيرة في الحرب الكبرى، وقد نشأت حركة تشريعية جديدة منذ ذلك التاريخ في الدول العربية مصدرها القانون الفرنسي.

وإذا كان القانون الروماني ظهر من خلال قانون الألواح الاثني عشر كتشريع دونت فيه الأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع الروماني، فإن الشريعة الإسلامية أخذت أيضاً بعض الأعراف والتقاليد التي شغلت حيزاً مهماً في حياة العرب ومعاملاتهم، كما أنها ألغت وعدلت البعض الآخر الذي لم يعد يتفق مع الأحكام الجديدة التي أتى بها الإسلام.

أما في المجال الفقهي فقد رأينا الدور الذي لعبه الفقه في تطوير قواعد القانون الروماني عند دراستنا للفقه كمصدر من مصادر القانون في العصر العلمي بوجه خاص، كذلك فقد أسهم الفقه بشكل فعّال في تطوير أحكام الشريعة الإسلامية في استنباط أصول قواعد تتفق مع حاجات الناس ومصالح المجتمع وذلك ضمن الإطار العام للمبادئ التي أتت بها الشريعة الإسلامية.

لقد طبّق القانون الروماني خلال فترة طويلة من الزمن، وقد دوّن في أكثر من مجموعة رسمية، أما الشريعة الإسلامية فقد امتدت نظمها القانونية على مدى قرون طويلة أيضاً، ولكن أحكامها لم تدوّن في مجموعة رسمية بعد القرآن الكريم، رغم ظهور بعض المجموعات غير الرسمية من السنة ومن القواعد التشريعية في زمن لاحق.

وخلاصة القول أنّ الشريعة الإسلامية قد غيّرت بشكل عام المعالم التي كانت عليها حياة العرب في الجاهلية، كما أن لهذه الشريعة طابعها الخاص سواء من حيث نشأتها وتطورها أم من حيث مصادر أحكامها والأسس التي قامت عليها هذه الأحكام.

تقسيم

سنعالج في القسم الثاني من هذا الكتاب دراسة الأدوار التي مرّ بها التشريع الإسلامي، والمذاهب الفقهية الإسلامية ومصادر التشريع الإسلامي على النحو الآتي:

الباب الأول: يتضمن دراسة الأدوار التي مرّ بها التشريع الإسلامي.

الباب الثاني: يشتمل على دراسة مصادر التشريع الإسلامي.

الباب الأول

أدوار التشريع الإسلامي

تمهيد

مرّ التشريع الإسلامي في أدوار مختلفة شأنه في ذلك شأن باقي الشرائع حتى وصل إلى درجة النضج والكمال[1]، وقد أثرت فيه عوامل متعددة، وتنوّعت مصادره خلال تلك المراحل، واختلفت آراء العلماء حول عدد المراحل التي تطور خلالها الفقه الإسلامي، والواقع أنه لا توجد فواصل زمنية محددة لهذه المراحل، لأن الفقه لم ينتقل من دور إلى آخر دفعة واحدة، بل تشابهت هذه الأدوار في بعض الأحيان إلى حد كبير، وسنعتمد الرأي الذي قسّم هذه الأدوار إلى ثلاثة أدوار رئيسية تبعها في مرحلة لاحقة دور النهضة الفقهية الحالية.

أما هذه الأدوار فيمكن تقسيمها على الشكل الآتي:

الدور الأول: دور التأسيس أو الدور التمهيدي. ويتناول التشريع في عهد الرسول ﷺ وينتهي بوفاته في السنة الحادية عشرة للهجرة.

الدور الثاني: دور البناء والكمال. ويشمل عصور الاجتهاد التي بدأت

(1) أنظر بالتفصيل: الدكتور علي حسن عبد القادر: نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي، الجزء الأول، القاهرة 1942.
الأستاذ أحمد أمين: فجر الإسلام (القاهرة 1933) وضحى الإسلام، ثلاثة أجزاء (القاهرة 1934 ـ 1936) وظهر الإسلام جـ 1، وجـ 2 (القاهرة 1952).

بوفاة الرسول وانتهت في منتصف القرن الرابع الهجري.

الدور الثالث: دور التقليد والجمود. ويبدأ حيث انتهى الدور السابق ويشتمل على مرحلتين: المرحلة الأولى تنتهي بسقوط بغداد على يد المغول عام 656 هـ. المرحلة الثانية تبدأ بعد هذا التاريخ وتمتد حتى ظهور مجلة الأحكام العدلية سنة 1286 هجرية. (1876 ميلادية).

الدور الرابع: دور نهوض الحركة الفقهية. ويبدأ بظهور مجلة الأحكام العدلية، ويستمرّ تطوره حتى عصرنا الحاضر.

تقسيم

في مجال دراستنا لأدوار الفقه الإسلامي سنعمد إلى تقسيم هذا الباب إلى أربعة فصول على النحو الآتي:

الفصل الأول: دور التأسيس أو الدور التمهيدي.

الفصل الثاني: دور البناء والكمال.

الفصل الثالث: دور التقليد والجمود.

الفصل الرابع: دور اليقظة الفقهية وظهور مجلة الأحكام العدلية.

الفصل الأول

دور التأسيس

تمهيد وتقسيم

يشمل هذا الدور الفترة التي شهدت ولادة وتأسيس التشريع الإسلامي على يد الرسول الكريم، والتي امتدت على مدى اثنين وعشرين عاماً تقريباً، وقد أرسى خلالها الرسول أسس التشريع الإسلامي سواء فيما يتعلّق بإصلاح العقيدة وتهذيب النفوس، أو فيما يتعلّق بالتشريع العملي وتنظيم شؤون الدولة.

لقد اكتملت خلال هذا الدور معالم التشريع الإسلامي بصورة محددة وواضحة، وهنا تكمن الأهمية الخاصة لإبرازه عن غيره من الأدوار اللاحقة التي انحصر أثرها في توضيح بعض المبادئ العامة التي أرسيت ركائزها خلال عصر الرسول.

ولا بدّ من التعرّف على حياة العرب قبل الإسلام حتى نستطيع أن ندرك مدى التغيير الذي أحدثته الشريعة الإسلامية في حياة العرب الدينية والمدنية. لذلك نقسّم هذا الفصل إلى مبحثين بحيث نخصص المبحث الأول لدراسة التشريع في عصر الرسول. مع الإشارة بإيجاز إلى حياة العرب الإجتماعية قبل ظهور الرسالة، ونخصص المبحث الثاني لدراسة الأسس التي قام عليها التشريع الإسلامي.

المبحث الأول

التشريع في عصر الرسول

حالة العرب قبل ظهور الإسلام

كان غالبية العرب من سكان الجزيرة يعيشون بين رحيل وتوطن، وكانت

الحياة في الصحراء بسيطة يشوبها الفقر والجهل؛ أما في المدن فقد كانت الحياة أكثر تطوراً وازدهاراً، ففي مكة كانت التجارة عصب الحياة الإقتصادية وقامت بينها وبين الدولة الرومانية والعراق واليمن علاقات تجارية واسعة، بينما في الحجاز كانت الزراعة عصب الإقتصاد إلى جانب وجود أرباب الصناعة من اليهود على أرضها، وهكذا نرى وجود بعض النظم والقوانين التي كانت تحكم المعاملات التجارية والمدنية في المدن، والتي تتناسب مع عادات البيئة وتقاليدها.

ولقد عرف العرب في تلك الفترة من حياتهم نظام الأسرة وما يتعلق بها من زواج وطلاق وبنوة وميراث، وكانت لهم محارم يحرّمونها كأمهاتهم وبناتهم وأخواتهم، كما كانت لهم بعض العقوبات الزاجرة كالقصاص في القتل والديات ونظام القسامة[1]، وعقوبات على جريمتي السرقة والزنا. كذلك عرف العرب كثيراً من المعاملات كالبيع والإجارة والرهن والشركة والسَّلَم[2].

ورغم وجود تلك النظم فلم يكن لديهم هيئة منظمة لها سلطان تشريعي وتسهر على تنفيذ القوانين، فكان التشريع فطرياً وعرفياً يختلف من بيئة إلى أخرى ومن قبيلة إلى أخرى تبعاً لاختلاف التقاليد والأعراف السائدة. أما القضاء في العصر الجاهلي فقد اقتصر على التحكيم الذي اعتبر بدوره غير ملزم، وكان الناس يحتكمون في العادة إلى رئيس القبيلة أو إلى شخص من ذوي الشأن والمروءة، وكانت العهود عندهم من الأمور التي لها صفة دينية وتلحق الناكث بها الخزي والعار، وقد يطلب الحكم كفيلاً من الخصوم ضماناً لتنفيذ حكمه.

وعندما ظهر الإسلام أقرّ بعض العادات السائدة ولكنه أبطل البعض الآخر الذي لا يتفق مع بناء المجتمع السليم القائم على الحق والخير والعدل. فقد أبطل الإسلام علم الزجر والطيرة[3] والإستسقام بالأزلام[4]، كما أبطل

---

(1) وهي في حال وجود قتيل في مكان ما ولم يعرف قاتله كان يعمد أهل القتيل إلى اختيار خمسين رجلاً من ذلك المكان يحلفون على عدم قتله وعدم معرفة قاتله، فإن فعلوا حكموا بالدية على جميع أهل المكان لأولياء القتيل.

(2) السَّلَم هو بيع آجل بثمن عاجل.

(3) علم الزجر والطيرة أصله أن يرمي الإنسان الطائر بحصاة أو يصيح به فإن ولاه في طيرانه ميامنة تفاءل به، وإن ولاه مياسرة تطير منه.

(4) الأزلام جمع زلم وهي الأقداح التي كانوا يضربونها إذا أرادوا أمراً من الأمور.

بعض المعاملات كالبيع بالملامسة والمنابذة، وبيع الحصاة، وبيع الغرر والربا[1]. كما أبطل الإسلام بعض أنواع الزواج كزواج الشغار، وزواج الأخدان، وزواج المقت[2]، كما حرّم إسترقاق المدين في حال عجزه عن الوفاء بالدين، وألغى عبادة الأوثان والأصنام.

كذلك هذّب الإسلام بعض المعاملات فجعل القضاء ملزماً وواجب التنفيذ لا فرق بين غني وفقير. ولا بين رجل وامرأة، وأقرّ الزواج ونظّمه وحدده بعد أن كان مطلقاً، كذلك نظّم الطلاق وقيده بعد أن كان يجري بدون حساب أو قيد، كما وضع قواعد للمواريث على أسس عادلة وسليمة فأنصف المرأة بعد أن كانت تحرم من الميراث في السابق، إذ كان التوريث يتمّ على أساس المناصرة والدفاع عن الأسرة للبالغين من الذكور دون الصغار والنساء فألغى الإسلام هذه القواعد الجائرة. كما ألغى الكثير من العادات السيئة ضمن نطاق سلطة رب الأسرة كعادة وأد البنات، وقضى على مبدأ الأخذ بالثأر الذي كان يجرّ القبائل إلى حروب وكوارث إنسانية[3].

وخلاصة القول أن التشريع الإسلامي قد غيّر معالم المجتمع الجديد بشكل عام، وأوجد علاقات قانونية وأنظمة اجتماعية تقوم على أساس مصلحة الجماعة مع الحفاظ على الحقوق الفردية عن طريق الابقاء على بعض هذه

---

(1) كان بيع الملامسة يتم بأن يلمس كل من المتبايعين ثوب صاحبه بغير تأمل ودون نظر. أما البيع بالمنابذة فقد كان يتم بأن ينبذ البائع إلى المشتري بالمال المبيع، فإذا نبذه إليه تمّ البيع بالثمن المتفق عليه.
بيع الحصاة كان يتم بأن يرمي المشتري الحصاة على قطيع من الغنم مثلاً، وما أصاب الحصى يكون له بالثمن المتفق عليه.
أنظر الدكتور صبحي محمصاني: الأوضاع التشريعية في الدول العربية ـ الطبعة الثالثة ـ بيروت 1965، ص 85.

(2) زواج المقت هو أن يرث الابن الأكبر زوجة أبيه بعد موته فيتزوجها رغم عدم موافقتها.
زواج الأخدان هو أن يشترك جمع من الرجال في الزواج بامرأة واحدة
زواج الشغار ويقضي بتبادل النساء بدون مهر وفيه يقوم الرجل بتزويج ابنته أو أخته أو من هي في ولايته إلى رجل في مقابل أن يزوجه هذا الأخير ابنته أو أخته عن طريق البدل ودون أن يوضع أحدهما مهراً إلى الآخر.

(3) الأخذ بالثأر كان يعدّ واجباً مقدساً، لا يقع على عاتق أهل القتيل فحسب بل على عاتق جميع أفراد القبيلة:
أنظر بتفصيل: الدكتور أحمد ابراهيم حسن: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بيروت 1995، ص 382 وما بعدها.

النظم وتهذيبها وإلغاء البعض الآخر واستحداث نظم قانونية جديدة غايتها تحقيق مبادئ الخير والعدالة في المجتمع الإسلامي الجديد.

التشريع في عصر الرسول

إقتصر التشريع الذي نزل على الرسول الكريم في مكة في الفترة الأولى والتي دامت حوالي ثلاث عشرة سنة عل إصلاح العقيدة لأنها الأساس السليم لبناء المجتمع الصالح. وقد دعا القرآن الكريم في سبيل ذلك إلى الإيمان بالله، وتوحيده، والإيمان بالرسل والملائكة واليوم الآخر، والإحسان، والتعاون على البرّ والتقوى وعدم التعاون على الإثم والعدوان، إلى غير ذلك من المبادئ الإنسانية السامية.

وفي سبيل إرساء العقيدة الصالحة دعت الآيات الكريمة إلى إعمال العقل، والتأمل في خلق السموات والأرض، واختلاف الليل والنهار، وضرب الأمثال للناس، ووصفت لهم النعيم الذي أعدّ للمؤمنين والجحيم الذي أعدّ للكافرين، كل ذلك عن طريق التفكير والتأمل. **﴿أفلا تبصرون﴾**. **﴿أفلا تعقلون﴾**. **﴿أفلا تفكرون﴾**.

وعندما هاجر الرسول إلى المدينة أخذ الوحي ينزل بالتشريعات المفصلة، التي لا بدّ منها لتنظيم شؤون الأفراد والجماعات في الدولة الإسلامية التي أخذت طريقها إلى الظهور في مكة واكتملت أسسها في المدينة. وقد كان للتشريع العملي سبيله ليحكم مختلف العلاقات في المجتمع الجديد، ولينظّم كافة الشؤون السياسية والقانونية، وبذلك اكتملت أحكام الرسالة كعقيدة وشريعة ونظام إجتماعي.

وهكذا وضع الإسلام فكرة الدولة وقيد سلطانها وأرسى ركائزها على أساس ديمقراطي، بأن أوجب الشورى في الحكم والتقيّد بالدستور الإسلامي، فيقول تعالى: **﴿وأمرهم شورى بينهم﴾** (الشورى/ 38). وقال تعالى: **﴿وشاورهم في الأمر﴾** (آل عمران/ 159).

كذلك شرعت الأحكام المتعلقة بشؤون الأسرة وتربية الأولاد، والزواج، والطلاق، وما يتعلق بهما من نفقة ونسب ورضاع وعدة كي لا تختلط الأنساب. كما وضعت بعض العقوبات لبعض الجرائم كجريمتي الزنى والقذف، وترك لولي الأمر التحديد في البعض الآخر.

كما أقرّ الإسلام الحريات الضرورية ومنها حرية المعتقد، فقال تعالى: ﴿لا إكراه في الدين﴾ (البقرة 256). كما وضع القواعد الإنسانية لمعاملة الأسرى وحرّم القتل إلا بالحق، وحثّ على الوفاء بالعهود والحكم بالعدل فقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ (المائدة/ 1). كما وضع أنظمة في مجال المواريث تتفق مع بناء المجتمع العادل، وأعطى للمرأة نصيبها من الميراث بعد أن كانت محرومة منه في العصر الجاهلي.

كذلك نظّم الإسلام الملكية الفردية وأقرّ بحرية التملك وقيدها بواجب تأمين العدالة الاجتماعية، ففرض الزكاة وبيّن أنها تجب على الأغنياء حقاً للفقراء[1]، فقال تعالى: ﴿وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل﴾ (الإسراء/ 26).

وقد وردت الأحكام العملية بتفاصيل دقيقة روعي فيها تحقيق العدالة في المجتمع، كما أن هذه الأحكام تضمنت بعض المبادئ العامة والقواعد الكلية التي تصلح لكل مكان وزمان.

خصائص التشريع في هذا الدور

تميّز التشريع في عصر الرسول ﷺ بالأمور الآتية:

أولاً ـ واقعية التشريع

لم يقم التشريع في هذا الدور على افتراض الحوادث والوقائع، بل كانت الأحكام تنزل بمناسبة حوادث ومسائل معيّنة كان يفتي بها الرسول تارة بما ينزّل عليه من القرآن، وتارة أخرى بالسنّة النبوية قولية كانت أو فعلية أو تقريرية، وكل ذلك بوحي سماوي.

فالاجتهاد في هذا الدور لم يتبلور بشكل واضح لقلة الحوادث الجديدة ولوجود الرسول كمرجع لكل مسألة طارئة، وعلى أساس ذلك لم يقم التشريع على استنباط الأحكام وتفريعها والقياس عليها بل قام على أسس الواقعية.

ويجب أن نلحظ ما اجتهد به الصحابة في المسائل التي عرضت عليهم

---

(1) الشيخ بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية ـ بيروت 1968، ص 40 وما بعدها.

خلال هذا الدور لا يعتبر من قبيل الاجتهاد الفقهي الذي عرفته المراحل اللاحقة كمصدر للأحكام والقواعد التشريعية، إنما من قبيل السنة التقريرية لأن الرسول كان يبين فيها وجه الخطأ أو وجه الصواب فيقرها أو يقضي بعدم إقرارها على هذا الأساس.

فالاجتهاد كمصدر مستقل من مصادر التشريع الإسلامي لا يمكن الاعتداد به في هذا الدور، وما صدر من اجتهادات عن الرسول في مناسبات مختلفة، إنما مصدرها الوحي الذي كان ينزل بإقرارها أو ينزل بالعتاب ليبين وجه الصواب فيها، ومن هنا يجب أن نميّز بين الاجتهاد الصادر عن الرسول والاجتهاد الصادر عن اجتهادات الفقهاء، فهو عند الرسول يأخذ منحى التشريع فيما عدا ما قام الدليل على أنه من خصوصياته ومن ثم لا يحتمل الخطأ بأي وجه من الوجوه باعتبار مصدره الوحي، بينما هو عند المجتهدين آراء فقهية تحتمل الصواب كما تحتمل الخطأ[1].

ثانياً ـ مصدر التشريع

كانت سلطة التشريع للرسول الكريم، فكان المرجع الوحيد للتشريع سواء كان مصدره الوحي المتلو (القرآن)، أو الوحي غير المتلو (السنّة)، لذلك لم يكن هنالك مجال للاختلاف في الأحكام، وقد ورد ما يفيد في الآيات الكريمة، إجتهاد الرسول في بعض النوازل وعدم الإقرار لما ذهب اليه. فعندما أذن الرسول لبعض الناس ـ التخلّف عن الذهاب معه في غزوة تبوك بعد أن قدموا بعض الأعذار، نزلت الآية الكريمة ﴿. . . **عفا الله عنك، لمَ أذنت لهم! حتى يتبيّن لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين**﴾ (التوبة 43).

ثالثاً ـ التدرج في التشريع

لم ينزل التشريع الإسلامي دفعة واحدة، بل نزل بالتدرّج ليكون أقرب إلى القبول والإمتثال، وخاصة بالنسبة لما كانت عليه حياة العرب من إباحية مطلقة قبل ظهور الرسالة. ولم يقتصر التدرج على الأحكام الكلية بل شمل الحكم الواحد في بعض الأحيان، حيث كان هذا الحكم يتدرّج من حالة إلى أخرى حتى يصل إلى الغاية المقصودة.

---

(1) الدكتور عبد الرحمن الصابوني: المدخل لعلم الفقه/ جامعة حلب 1964/ 1965، ص 170 ـ 171.

فتحريم الخمر لم يتم دفعة واحدة بل صدر حكم منعه بالتدرج، فنزل قوله تعالى في أول الأمر: **﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾** (البقرة / 219). وحينما دخل جماعة من السكارى للصلاة وخلطوا في قراءتهم نزل قوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾** (سورة النساء 43). وهذه الآية تفيد التحريم في حالة خاصة هي حالة الصلاة. وأخيراً ورد التحريم بشكل نهائي وقاطع في قوله تعالى: **﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون...﴾** (سورة المائدة 90).

وتحريم الربا أتى أيضاً بالتدرج، فقد بيّنت الآيات الأولى الفرق بين الربا والزكاة بقوله تعالى: **﴿وما آتيتم من رباً ليربوا في أموال الناس فلا يربوا عند الله. وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون﴾** (سورة الروم آية 39). ثم بيّنت الآيات بعد ذلك أن الربا ظلم وخطر على حياة الناس، وأتى التحريم النهائي والقاطع في المرحلة الأخيرة فيقول تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة...﴾** (آل عمران/ 130) **﴿وأحلّ الله البيع وحرّم الربا﴾** (البقرة الآية 275).

وكذلك ورد التدرّج في الأحكام في مسائل أخرى، كالصلاة، والزكاة، والصيام، كل ذلك من أجل التيسير على الناس لمعرفة الأحكام وفهمها وأسباب تكليفهم بها، وبذلك يتم تقبلهم للتشريع الجديد دون نفور أو حرج.

رابعاً ـ التشريعات مصدرها الوحي:

لقد نزلت الكثير من الآيات الكريمة بالأحكام الكلية والتشريعات الإجمالية وترك أمر تفصيلها للرسول الكريم عن طريق الوحي فيقول تعالى: **﴿وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى﴾** (النجم/ 3، 4) **﴿وأنزلنا إليك الذّكر لتبين للناس ما نزّل إليهم﴾** (النحل / 44). فقد أتت الآية الكريمة التي شرّعت فرض الصلاة بأمر القيام بها فقال تعالى: **﴿وأقيموا الصّلاة﴾** (البقرة/ 43). إلاّ أن النص لم يبيّن أوقات الصلاة، أو عدد الصلوات والركعات، ولا كيفية آدائها بشكل لا لبس فيه، فجاءت السنة وبيّنت تلك الأمور فيما صلى الرسول الكريم وقال: «صلوا كما رأيتموني أصلي».

كذلك الأمر بالنسبة للصوم **﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه...﴾**

(البقرة / 185)، ثم بيّن الرسول أن الشهر المقصود هو الشهر القمري، وإن الصوم يكون من الفجر حتى الغروب، وإنه يجب الصيام لرؤية الهلال والفطور لرؤيته أيضاً، كما بيّن حكم المفطر إلى غير ذلك من الأحكام.

كما بين الرسول الكريم الأحكام التفصيلية لمناسك الحج، والأحكام المبيّنة لنصاب الزكاة في كل نوع من أنواعه.

المبحث الثاني

أسس التشريع الإسلامي

سبق أن ذكرنا أن من خصائص التشريع الإسلامي واقعيته وتدرجه مع الزمن، وفي سبيل أن يكون هذا التشريع متلائماً مع جميع البيئات وفي جميع الأزمنة فقد قام على الأسس الآتية:

أولاً - التيسير وعدم الحرج

جاءت القواعد العامة في التشريع الإسلامي خالية من التكاليف التي تمتاز بالشدة والحرج، بل على العكس من ذلك نرى أن هذه التكاليف يمكن أن يقوم بها الإنسان دون أن ينقطع عن واجباته والتزاماته العادية. وقد ورد بهذا الشأن الكثير من الآيات التي تؤكد هذا المبدأ، فيقول تعالى: **﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾** (البقرة / 185). **﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾** (الحج/ 78)، **﴿يريد الله أن يخفف عنكم، وخلق الإنسان ضعيفاً﴾** (النساء/ 28).

كذلك أكّد الرسول المبدأ السابق في أحاديث عديدة فيقول: «يسروا ولا تعسروا» ويصف ما جاء به من تشريع: «بعثت بالملّة السمحة الحنيفية البيضاء»[1].

وقد ظهرت هذه القواعد العامة في العبادات والمعاملات. ففي مجال العبادات فرض الله الصلاة على الإنسان خمس مرات، فإن لم يستطع أجاز له

---

(1) يراد بالسمحة التي ليس بها مشاق الطاعات، وبالحنيفية إنها كملّة إبراهيم عليه السلام فيها إقامة لشعائر الله وعدم الشرك به، وبالبيضاء أن عللها وحكمها ومقاصدها واضحة لا يرتاب فيها من يتأملها.
أنظر بالتفصيل الاستاذ محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعرف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت 1969، ص 86.

أن يؤديها وهو قاعد، كما أباح قصر الصلاة في السفر. وفي تكليف الصوم فرض الله الصيام لشهر واحد وأباح للناس الافطار عند السفر أو المرض أو الحمل أو الإرضاع، كذلك فرض الحج مرة واحدة ولمن استطاع اليه سبيلاً، إلى غير ذلك من الأمور التكليفية البسيطة.

وفي مجال المعاملات اكتفى بصحة العقود بتوافر الرضا، وجعلها في أغلب الحالات تبنى على العرف الصحيح، لأن إتباع المألوف من الأمور يتضمن التيسر على الناس. وقد أتت الأحكام في تشريع المعاملات ضمن قواعد عامة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، فيقول تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ (المائدة/ 1) ﴿**وأحل الله البيع وحرّم الربا**﴾. (البقرة 275). ﴿**لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ (النساء/ 29).

ثانياً - تحقيق مصالح الناس

أتى التشريع الإسلامي للتيسير على الناس وتنظيم أمور حياتهم، في سبيل ذلك حرّم الفساد بمختلف أشكاله، فحرّم أكل الأموال بالباطل، وحرّم الربا والميسر وشرب الخمرة، كما حرّم الخداع والغش في المعاملات، إلى غير ذلك من الأمور التي تضرّ بمصالح الناس وبعلاقاتهم الإجتماعية.

وفي سبيل هذا الغرض أيضاً قدّم التشريع الإسلامي المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولهذا فقد منع الإحتكار، وأجاز لولي الأمر نزع ملكية خاصة لمنفعة عامة، كما أجيز له فرض الضرائب متى كانت الأمة الإسلامية بحاجة لهذا التدبير.

وقد جعل التشريع الإسلامي الأحكام مرتبطة، بمصالح الناس وجوداً وعدماً، لذلك فقد كانت هذه المصالح في بعض الأحيان تختلف باختلاف الأزمان والأحوال، فإذا ما شرّع حكم لتحقيق مصلحة معيّنة ثم زالت هذه المصلحة رفع الله ذلك الحكم وأوجب العمل بحكم آخر يحقق مصالح العباد.

ومن الدلائل على مراعاة مصالح الناس نسخ[1] بعض الأحكام الواردة في القرآن والسنة النبوية.

---

(1) النسخ هو رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر.

ومن أمثلة ذلك أن الوصية كانت واجبة للوالدين والأقربين، فيقول تعالى: **﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾** (سورة البقرة/ 180). ثم نسخ هذا الحكم بفرض حصص مقدرة بآيات المواريث فيقول تعالى: **﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾**.

كذلك وقع النسخ في السنة النبوية، فبعد أن نهى الرسول عن زيارة القبور خشية فساد العقيدة، أباح زيارتها بعد أن رسخ الإيمان في القلوب، فقد روي عن الرسول قوله: «كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور فقد أذن لمحمد زيارة قبر أمه فزوروها فإنها تذكّر بالآخرة».

كذلك أمر الرسول لما هاجر إلى المدينة بالتوجه في الصلاة إلى بيت المقدس قبلة اليهود، ثم نسخ هذا الحكم بالتوجه إلى الكعبة قبلة أمة ابراهيم وأول بيت وضع للناس، فنزل قوله تعالى: **﴿قد نرى تقلّب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها فولِّ وجهك شطر المسجد الحرام...﴾** (سورة البقرة/ 144).

ثالثاً - تحقيق العدل بين الناس

من مقاصد التشريع الإسلامي تحقيق العدل بين الناس ومساواتهم في الخضوع لأحكامه لا فرق بين غني وفقير، ولا بين حاكم ومحكوم، ولا بين كبير وصغير.

وقد جاءت الآيات ليأتي فيها الحكم بشكل عام غير مقيد، فيقول تعالى: **﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾** (النحل/ 90). **﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾** (النساء/ 58). ويقول تعالى: **﴿... اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون﴾** (المائدة/ 8). ويقول الرسول الكريم: «الظلم ظلمات يوم القيامة»[1].

---

(1) ويروى عن الرسول أنه قال لمن جاء يشفع لامرأة من بني مخزوم سرقت: «إنما أهلك الذين من قبلكم إنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحدّ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها».

أنظر الأستاذ محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعرف بالفقه الاسلامي، بيروت 1969، ص 95.

وقد جاء العدل كأساس للأحكام في حقل القضاء والفصل في المنازعات، والتعيين في المناصب، والتكليف بالضرائب، وجباية الأموال وصرفها في مختلف وجوه المنفعة العامة إلى غير ذلك من الأمور التي تحقق العدالة والمساواة بين الناس.

الفصل الثاني

دور البناء والكمال

تمهيد وتقسيم

يبدأ هذا الدور من السنة الحادية عشرة للهجرة وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري. ويعتبر دور البناء والكمال في التشريع الإسلامي من أهم الأدوار حيث بدأ الاجتهاد يحتل مكانة بارزة في مجال إستنباط الأحكام الفقهية، بعد أن وضعت القواعد والأسس التي يجب السير عليها في عصر الرسالة.

ويمكن أن نلحظ في هذا الدور ثلاث مراحل أساسية.

المرحلة الأولى: وهي مرحلة عصر الخلفاء الراشدين التي تبدأ بوفاة الرسول، أي من السنة الحادية عشرة للهجرة وتنتهي عام 49 هـ.

المرحلة الثانية: وتشمل العصر الأموي، حيث تبدأ بانتهاء الدور السابق وتنتهي في أوائل القرن الثاني الهجري.

المرحلة الثالثة: وتشمل العصر العباسي، وتبدأ هذه المرحلة في أوائل القرن الثاني الهجري وتمتد حتى منتصف القرن الرابع الهجري.

وبناء على ذلك سنعتمد تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: عصر الخلفاء الراشدين.

المبحث الثاني: العصر الأموي.

المبحث الثالث: العصر العباسي.

المبحث الأول

عصر الخلفاء الراشدين

بدء التطور الفقهي

إمتازت هذه الفترة بالفتوحات الاسلامية الكبيرة حيث شملت بلاد الشام والعراق ومصر وفارس، وقد أدى هذا الأمر إلى اتصال الاسلام بحضارة الرومان التي كانت سائدة في مصر والشام، وبحضارة الفرس التي كانت سائدة في بلاد فارس والعراق. وقد كانت هذه الحضارات تتميز بنظم وتقاليد في شؤون الادارة والمال والزراعة وأمور الحرب لم تكن معروفة عند العرب، لذلك كان لا بدَّ من إيجاد بعض الأحكام الجديدة لتنظيم العلاقات الاجتماعية في الدولة الاسلامية بعد فتوحاتها الواسعة.

واجه المسلمون هذه التطورات بتشريعات تناولت مختلف نواحي الحياة في سبيل إرساء قواعد الحق والعدالة للمجتمع، وقد بدأ الفقه يأخذ طريقه نحو التطور أيضاً فصدرت على أساس ذلك وعلى ضوء تعاليم الرسالة التشريعات المختلفة سواء ما تعلّق منها بالحياة العملية، أم ما تعلق منها بالمسائل الدينية.

هذا الاستعمال للرأي في هذه المرحلة فرضته الضرورات العملية، وقد قامت على هذا الأساس أكثر المسائل الفقهية، فقد أخذ الرأي في هذا العصر مدلولاً واسعاً بحيث شمل القياس والإستحسان والمصالح المرسلة، وبذلك ظهرت بعض الفتاوى في مسائل معينة بالاعتماد على الاجتهاد بالرأي المستوحى من تعاليم القرآن والسنة النبوية وما يحقّق مصالح الناس ويتناسب مع أعرافهم.

أسباب الاختلاف في الرأي

لم تكن هنالك اختلافات في الآراء في عصر النشأة، باعتبار أن كل ما كان يطرأ من مسائل أو حوادث، وكل خلاف بشأنها كان يفصل بها الرسول الكريم باعتباره المصدر الوحيد لتشريع الأحكام سواء ما نزّل عليه من القرآن أو ما صدر عنه من سنّة قولية أو فعلية أو تقريرية بقصد التشريع وكل ذلك عن طريق الوحي.

بدأت الاتجاهات المختلفة في الاجتهاد تبدو بعد وفاة الرسول، ورغم

ذلك فإن هذه الاختلافات كانت ضيّقة وكان ميسوراً حلها لتواجد العلماء والصحابة في المدينة، وعندما توزعوا في الأقطار الاسلامية بعد توسع الدولة وامتداد حدودها كان لا بدّ أن تحدث الإجتهادات التي قد تختلف من فقيه إلى آخر وهذا أمر طبيعي إذا ما راعينا الاعتبارات التالية:

فمن ناحية نرى بعض النصوص في القرآن والسنة ليست قطعية الدلالة وقد تفيد أكثر من معنى وهذا ما أدى بالمجتهدين إلى القول برأيهم وفق درجة ثقافتهم ووفق ما تعارفوا عليه في بيئاتهم وأعرافهم المحلية.

ومن ناحية أخرى فإن عدم تدوين السنة في حياة الرسول أو في المرحلة الأولى لوفاته، أي في مرحلة عصر الخلفاء الراشدين والدولة الأموية، أدى إلى وجود أحاديث كثيرة مروية عن الرسول ومختلف في حجيتها، وهذا مصدر آخر لاختلاف الأحكام الفقهية، لأن كل مذهب كان يأخذ بالأحاديث أو يتشدد في لأخذ بها وفق ما كان يتوافر لديه من القناعة والرؤيا التي يعتقد بصحتها.

وفي ذلك يقرر بعض العلماء أن اختلاف الفقهاء والمجتهدين يرجع إلى اختلافهم في كون المصدر دليلاً أو غير دليل، واختلافهم في ثبوت المصدر أو عدم ثبوته، واختلافهم في الترجيح عند التعارض، واختلافهم في أنواع الدلالات وسائر طرق الاستفادة. ثم يأتي بعد ذلك تفاوتهم في الإحاطة وفي الإفهام وملكة الإستنباط وكمال الذوق الفقهي[1].

المصادر التشريعية في عصر الخلفاء الراشدين

واجهت المجتمع الإسلامي في هذه المرحلة حوادث ومسائل جديدة نتيجة لاختلاط العرب بغيرهم من أهل البلاد المفتوحة، وكان الخلفاء يعتمدون في استنباط الأحكام على ما ورد في كتاب الله، فإن لم يجدوا للمسألة أي حكم اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله، فإن لم يجدوا أي حكم للمسألة إجتهدوا برأيهم مسترشدين بالكتاب والسنة، وما تقضي به حاجة المجتمع ومصلحة الأمة[2].

---

(1) مقدمة موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الإسلامي، جـ 1، ص 19.

(2) الشيخ بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي، ص 52 وما بعدها.

ففي حال إجماع علماء الصحابة على حكم معيّن، قضى الخليفة بإجماعهم، واعتبر الحكم قاطعاً في المسألة المعروضة، وفيما يحدث بعد ذلك من وقائع مماثلة. وقد اعتبر هذا الأمر أساس الإجماع الذي لم يكن له وجود في عصر الرسالة كون الرسول الكريم كان المرجع الوحيد لجميع الأحكام. وقد برز الإجماع كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي في عهد الخليفة عمر بن الخطاب بوجه خاص حيث منع الصحابة من مغادرة المدينة إلا في حالات الضرورة، وبذلك كان من السهل إجماع الفقهاء من الصحابة على رأي معيّن لمسألة من المسائل.

فإذا لم يتفق الفقهاء على حكم معيّن كان الخليفة يقضي بالرأي الراجح بعد التشاور مع الصحابة دون أن يكون لهذا الحكم الصفة الالزامية بالنسبة للحالات المماثلة التي يمكن أن تستجد في المستقبل.

منهج الخلفاء الراشدين في الاجتهاد بالرأي

إتبع الخلفاء الراشدون منهج الاجتهاد في الرأي الذي يعتمد على الكتاب وعلى ما ورد عن الرسول من أقوال أو أفعال، وعلى مصلحة الدولة الاسلامية وحلّ كل ما كان يعرض من مسائل وحوادث في المجتمع الإسلامي الجديد.

فنرى الخليفة أبا بكر وكان أول من تولى الخلافة بعد وفاة الرسول يقدم على مقاتلة من امتنعوا عن أداء الزكاة من المسلمين وفرقوا بين الصلاة والزكاة، ويبادر إلى إرسال جيش أسامة الذي كان رسول الله قد أعده للشام، ويتخذ للمال بيتاً يحفظ ما تبقى فيه من الأموال العامة، ويحتاط في الأخذ بالسنة التي لم يسمعها عن الرسول.

ونرى الخليفة عمر بن الخطاب يتوسع في الأخذ بالرأي ويبحث عن حكم المسألة في الكتاب بنصه الظاهر ومعناه الباطن، وفيما روي عن الرسول، وقد عرف عنه إتباع أمر مشاورة كبار العلماء من الصحابة في الأخذ بالأحكام المهمة واتباع أمر القياس والمصلحة العامة لأمور المسلمين، فهو يلقي بالشورى على أبي بكو بجمع القرآن، ويأمر بنزع الملكية للمصلحة العامة، ويأمر ببيع السلع المحتكرة جبراً عن أصحابها بالسعر العادي، ويأبى الصلاة في الكنيسة كي لا يتخذها المسلمون مسجداً حرصاً على احترام العقيدة الدينية لغير المسلمين.

ونرى الخليفة عثمان بن عفان يعمل على جمع المسلمين على مصحف واحد حينما اختلفوا في القراءة ويأمر بكتابة نسخ عنه توزع على الأقطار الاسلامية مع أفراد من الصحابة ليشرفوا على تعليمه، وقد دافع عنه الإمام علي لما نقم عليه بعض المخالفين لإحراقه ما عدا المصحف الإمام.

ونرى الخليفة الإمام علي ينهى أصحابه عن غنائم موقعة صفّين من أنصار معاوية باستثناء السلاح والدواب لقولته المشهورة «ليس على الموحدين سبي ولا يغنم من أموالهم إلا ما قاتلوا به وعليه» كما نراه يفتي بوجوب الإبقاء على امرأة زانية اشتبه بحملها حتى تضع جنينها، وفي ذلك يقول للخليفة عمر عندما أقدم على استشارته: «إن كان لك سلطان عليها فلا سلطان لك على ما في بطنها»[1].

أمثلة على الإجتهاد بالرأي

من الأمثلة البارزة على الاجتهاد بالرأي، ما أفتى به الخليفة عمر بن الخطاب من وقف تنفيذ حد السرقة على السارقين في عام المجاعة. وقد اعتبر هذا الأمر ليس من قبيل تعطيل عقوبة السرقة، بل اجتهاداً في تطبيق شروط العقوبة، لأن من شروطها الشرعية أن لا يكون السارق قد اضطر إلى السرقة بدافع الحاجة، فالسرقة ناتجة عن ضرورة حياتية قصوى، فعمل الخليفة على تطبيق ما ورد عن الرسول قوله: «أدرؤوا الحدود بالشبهات».

كذلك من المسائل المشهورة للاجتهاد بالرأي ما ورد بالنسبة لنظام الغنيمة، والفيء[2]، فقد كان العمل في عصر الرسول وعهد الخليفة أبو بكر يجري على أساس تقسيم الغنيمة إلى أربعة أخماس للغانمين والخمس الباقي يعود للدولة. أما الفيء فكان يرجع كله للدولة ويوضع في ذمة المسلمين وتحقيق مصالحهم.

أما في عهد الخليفة عمر بن الخطاب، وبعد إتساع رقعة الدولة

---

(1) منشور في كتاب مناهج الاجتهاد في الإسلام: للدكتور محمد سلام مدكور منشورات جامعة الكويت 1977، ص 553.

(2) الغنيمة، ما يستولي عليه المسلمون بقوة السلاح، أما الفيء فهو ما يستولي عليه المسلمون صلحاً وبدون حرب.

الإسلامية فقد كان من رأيه عدم تقسيم الأرض بين الغانمين وتركها في أيدي أصحابها وفرض الخراج عليها. فتوقف هذه الأرض من أجل مصلحة المسلمين العامة، لأن هذا الأمر أصلح لاحيائها ودوام ريعها.

كذلك من أمثلة الاجتهاد بالرأي ما رُوي عن الخليفة عمر بن الخطاب عندما رفعت اليه قضية قتل إشترك فيها أكثر من فرد. فتردد عمر في قتل الجماعة بالواحد، لأن كتاب الله يقول: ﴿النفس بالنفس﴾. فقال له الإمام علي بن أبي طالب: «أرأيت يا أمير المؤمنين لو أن نفراً إشتركوا في سرقة جذور، فأخذ هذا عضواً، وهذا عضواً أكنت قاطعهم؟ قال نعم، قال فكذلك، فعمل الخليفة عمر برأي الإمام علي»[1].

ومن قبيل الاجتهاد بالرأي تضمين الصناع إذا ادعوا هلاك ما عندهم من متاع بدون إقامة بيّنة على دعواهم، فقد قال الامام علي بتضمينهم ونقل عنه قوله: «لا يصلح الناس إلا ذاك»[2].

مميزات التشريع في هذا العصر

إتّسم الفقه بالواقعية، فلم يقم على إفتراض الوقائع والتخيل، كما تميّز التشريع بضيق الإختلاف في الرأي نظراً لتواجد الصحابة في المدينة، إلى جانب اعتمادهم مبدأ الشورى فيما بينهم قبل إصدار أي حكم في أية مسألة، وعدم أخذهم برواية الحديث إلاّ بشروط معينة للتثبت من صحتها.

كذلك برزت في هذا العصر إجتهادات جديدة قائمة على أساس تغيير الحكم تبعاً لتغيّر علته أو زوالها كما حصل بالنسبة لتقسيم الغنيمة والفيء في عهد الخليفة عمر بن الخطاب.

ومن الملاحظ أيضاً أن الصحابة لم يتركوا فقهاً مدوناً، بل تركوا بعض الأحكام والفتاوى المحفوظة، وكان هذا الأمر من باب الإحتياط كي لا يشغل الناس بالأحكام والفتاوى عن القرآن.

---

(1) الأستاذ محمد سلام مدكور: المدخل للفقه الإسلامي، القاهرة 1966، ص 73 ـ 75.

(2) مع أن الحكم قبل خلافته كان لا يوجب الضمان على الصناع لأن السلعة في يدهم أمانة، ويد الأمين الأصل فيها عدم الضمان، ولكن عندما رأى الإمام على تغير أحوال الناس وحبهم للطمع والخيانة رأى أن يسد أمام الطامعين منهم باب العدوان على ما بأيديهم فأفتى بحكم تضمينهم.

المبحث الثاني

العصر الأموي

خصائص ومميزات هذا العصر

تبدأ هذه المرحلة بتولي معاوية بن أبي سفيان الحكم سنة 41 هـ، وتمتد إلى أوائل القرن الثاني الهجري وهو بدء ظهور الدولة العباسية.

لقد تميّزت هذه المرحلة بالإضطراب في الحياة السياسية الذي انعكس بدوره على الأوضاع الإجتماعية والتشريعية، ويمكن من خلال تحليل نتائج تلك المرحلة ملاحظة الأمور الأساسية التالية:

أولاً ـ إنقسام الأمة بسبب الإختلاف حول موضوع الخلافة(1)

الإنقسام حول موضوع الخلافة ومن هو أحق بها أدى إلى ظهور ثلاث

---

(1) أثيرت مسألة الخلافة بعد وفاة الرسول ونشوء الخلاف بين المهاجرين والأنصار حول من يتولى الخلافة بعده وبعد جدال رجّحت كفّة المهاجرين وتمت البيعة للخليفة أبي بكر القرشي في اجتماع سقيفة بني ساعدة... ولم يكن الإمام علي حاضراً هذا الاجتماع لإنشغاله في دفن الرسول، فلما بلغه خبر البيعة لم يرض عنها، ولكنه وافق عليها فيما بعد.
وهكذا تكون رأي ثالث يقول أن تكون الخلافة في أهل بيت النبي وأن الإمام علي هو أولى الناس بها، فهو ابن عم الرسول وزوج ابنته وله فضل عظيم في العلم والجهاد، وأنّ الرسول أوصى في المناسبات المختلفة بأقوال تشير إلى أفضلية الإمام علي في موضوع الخلافة.
وهكذا ثار الجدل طيلة فترة عهد الخلفاء الراشدين، وتجنباً للفتنة بين المسلمين فقد كانت الأمور تحلّ عن طريق الإتفاق، وعلى أثر مقتل الخليفة عثمان بن عفّان بايع علياً كثير من المسلمين وأيّده كثير من المهاجرين، ولم يرض بهذه الولاية طلحة والزبير ومعاوية. وكان من نتيجة ذلك أن اتجه الامام علي إلى قتالهم، ودارت بين الفريقين في البصرة موقعة عرفت بموقعة الجمل انتصر فيها الامام علي على طلحة والزبير.
وبعد موقعة الجمل اتجه الإمام علي لمحاربة معاوية وجرت بين الطرفين معركة في موقع صفّين بالقرب من الرقّة، ولما شعر معاوية بأنّ الدائرة كادت تدور عليه أشار عليه عمرو بن العاص برفع المصاحف وطلب التحكيم. وبعد جدال وتردّد قبل الامام علي بالتحكيم رغم معارضة بعض أصحابه الذين اعتبروا أن في الأمر خدعة.
وقد اختار معاوية عمرو بن العاص واختار الامام علي أبا موسى الأشعري لينوبا عنهما في عملية التحكيم.
وتوقف القتال بين الطرفين وعاد معاوية إلى الشام وعاد علي إلى الكوفة، ولم يدخل مع الامام علي جماعة سميت بالخوارج إلى الكوفة لعدم رضائهم بموضوع التحكيم، فوجهة نظرهم ترى بعدم جواز التحكيم لأنّ البيعة الصحيحة كانت للامام علي وكل من يمتنع عن بيعته فهو يرتكب جريمة

طوائف: الخوارج، الشيعة، وأهل السنة.

أما الخوارج فهم جماعة ظهرت في جيش الإمام علي ونقمت على التحكيم وطالبت بنقضه، كما لم ترض عن تولي معاوية الخلافة بالقوة، فخرجوا على الجميع وكان رأيهم أن الخليفة يجب أن يختار بانتخاب حر من المسلمين، وإن الخليفة يجب إطاعته ما دام يلتزم حدود القرآن والسنة، وتجب معصيته إذا خرج عن هذا الأمر[1].

أما أهل الشيعة فهم من أتباع الإمام علي بن أبي طالب الذين يرون أن الخلافة يجب أن تكون للإمام علي ولذريته من بعده، لأن الرسول الكريم أوصى بالخلافة له من بعده.

أما أهل السنة فكان رأيهم في الخلافة أنها ليست وصية لأحد وإن الخليفة ينتخب من أكفاء قريش عملاً بالحديث: «الأئمة من قريش».

ولا شك أن الاختلاف حول أمر الخلافة أدى إلى انتصار كل طائفة لوجهة نظرها، مما أدى إلى الإضطراب الفكري الذي انعكس على الفقه وتشعبت نتيجة لذلك الخلافات الفقهية.

ثانياً - انصراف الأمويين إلى السياسة

إنصرف خلفاء الدولة الأموية إلى الاهتمام بأمور السياسية على حساب

= العصيان وتجب محاربته، واعتبروا قبول التحكيم تهاوناً في دين الله وتحكيماً للرجال فيما لا حكم فيه إلا لله، وهذا في نظرهم جريمة وفاعلها ضال لا يصلح لخلافة المسلمين، وقد أصبح هذا الأمر ينطبق على الإمام علي ويصبح من الواجب مقاتلة كل من يسير على خطى التحكيم.

وفي اجتماع التحكيم اتفق عمرو بن العاص وأبو موسى الأشعري على ضرورة خلع علي ومعاوية، أي أن يخلع كل من الحكمين صاحبه لكي يعود الأمر إلى المسلمين ليختاروا الخليفة. وقد سبق ممثل علي أبو موسى الأشعري فخلع علياً ومعاوية، أما مندوب معاوية فقد خلع علياً وأيد صاحبه معاوية. وبذلك كانت خدعة لم تؤد إلى حل الخلاف إنما جذرته واستمرت على شكل مآسي كبيرة على أثر مقتل الإمام علي على أيدي الخوارج ومقتل ولديه الحسن والحسين على أيدي الأمويين.

أنظر بالتفصيل السيد هاشم معروف الحسيني، سيرة الأئمة الاثني عشر الجزء الأول، بيروت 1981 ص 171 وما بعدها. والدكتور حسن ابراهيم حسن: تاريخ الاسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي جـ 1، مكتبة النهضة المصرية 1964، ص 367 وما بعدها.

والشيخ محمد خليل الزين: تاريخ الفرق الاسلامية، (1985) ص 11 وما بعدها.

(1) الشيخ محمد أبو زهرة، المذاهب الإسلامية، ص 105.

الأمور المتعلقة بالشؤون الدينية، فكان أن لجأوا إلى إصدار إجتهادهم في الأمور التشريعية بما يتلاءم مع أهدافهم السياسية، فابتدعوا نظام ولاية العهد حيث كان كل خليفة يجمع الناس في عهده ليعقد البيعة لإبنه أو لأخيه إذا لم يكن له ولد. ولا شك أن البيعة كانت تتم بشكل صوري ولا تنمّ عن رضاء الناس لها، بل عن خوفهم وخضوعهم للقوة، فهي غير مبنية في الواقع على المشورة والإقتناع.

فضلاً عن ذلك فإن أموال الدولة باتت تصرف على البذخ والترف ولتحقيق بعض الأمور الشخصية، وليس لتحقيق المصالح العامة لأمور الدولة الإسلامية.

وكان نتيجة للوضع السابق أن اعتزل العلماء الحياة العامة، وعكفوا في المدينة على نقد الحكام، واتجهوا إلى تأسيس علم الفقه الذي يقوم على الكتاب والسنة، وكان ذلك منطلقاً لسير الفقه في الإتجاه النظري[1].

ثالثاً ـ تفرّق العلماء في الأمصار

منذ زمن الخليفة عثمان بن عفّان تفرّق العلماء في الأمصار نتيجة لاتساع الفتوحات الإسلامية في تلك الفترة، وأقبل الناس من أهل البلاد المفتوحة يستفتون العلماء عن حكم النوازل، ويتعلمون منهم أمور الدين الجديد.

ولم يكن هؤلاء العلماء على درجة واحدة من الفهم والإستنباط للأحكام التشريعية، كما أن كل مصر كان يختلف بنظمه وتقاليده عن الآخر تبعاً لاختلاف الثقافة والحضارة والموقع الجغرافي، لذلك فقد تشعّبت الآراء الفقهية والقضائية في بعض الأحيان في المسألة الواحدة، لأن كل فقيه كان يتأثر بإصدار حكمه بظروف البيئة التي كان يتواجد فيها.

رابعاً ـ شيوع رواية الأحاديث

ترتّب على الفتوحات الإسلامية الواسعة كما سبق وذكرنا تفرّق الصحابة في الأمصار المفتوحة الذين لم يكونوا على درجة واحدة فيما حفظوا من الأحاديث، ولقد كان من نتيجة هذا الأمر أن رواية الحديث اختلفت من مِصرٍ إلى آخر وأدى إلى الإختلاف في القضاء والفتوى...

(1) الشيخ بدران أبو العينين بدران ـ تاريخ الفقه الإسلامي، ص 72.

ثم إن التفرّق السياسي كان له الأثر الكبير في الفتاوى، فقد كان للشيعة فتاوى، وللخوارج فتاوى ولسائر الطوائف فتأوى. وكانت هذه الفتاوى تختلف عن بعضها البعض. فالتعصب المذهبي أدّى إلى وضع الأحاديث المختلفة للتدليل على صوابية رأي كل مذهب، وكانت الأحاديث تنسب إلى الرسول باعتبار أن البعض لا يأخذ بأي حكم إذا لم يرد في الكتاب أو السنة، بينما نرى أن البعض الآخر تساهل في القبول بالحديث من باب الفضائل والترغيب والترهيب، ومن هنا أصبحت مهمة الفقه عسيرة فوضعت الشروط لقبول الأحاديث، كما وضعت المعايير لتصنيف الرواة ودرجاتهم.

خامساً ـ ظهور نزعتي الرأي والحديث

سار الفقه في هذا العصر باتجاهين:

الإتجاه الأول كان يعتمد في فتواه على القرآن والحديث ولا يلجأ إلى الرأي إلا عند الضرورة، وقد عرفت هذه النزعة بنزعة أهل الحديث.

أما الاتجاه الثاني فقد توسع في الاعتماد على استعمال الرأي، ولم يكتف بظاهر النصوص، بل عمل على البحث لمعرفة علل الأحكام وغاياتها وربط المسائل بعضها ببعض، وقد عرف هذا الاتجاه باتجاه أهل الرأي، ونوضح الكلام عن كل من هذين الإتجاهين في الفقه الإسلامي.

أ ـ مدرسة أهل الحديث:

نشأت هذه المدرسة في الحجاز وفي ربوع المدينة حيث نزل التشريع وتكوّنت سنّة الرسول، وحيث قضى الخلفاء الراشدون الشطر الأكبر من خلافتهم. وكانت المدينة تمتاز بالبساطة في المعاملات وندرة ما يعرض من حوادث معقدة لم يتناولها التشريع، لذلك فقد ترتّب على الوضع السابق عدم إعمال الرأي إلا في نطاقٍ محدود.

ومن خصائص هذه المدرسة أنها تساهلت في شروط قبول الأحاديث والاعتداد بها ولو كانت ضعيفة. كذلك من خصائصها الإعتماد على الأسلوب التشريعي العملي دون اللجوء إلى افتراض الحوادث قبل وقوعها، وبذلك لم تجنح هذه المدرسة إلى التوسع في تفسير النصوص لكراهيتها لاستعمال الرأي بشكل واسع.

والواقع أنه كان لهذه المدرسة الفضل في المحافظة على الحديث وجمعه، إلا أنها كانت من ناحية أخرى من الأسباب غير المباشرة لوضع الأحاديث المكذوبة على الرسول، ورغم ذلك لم تكن هذه الأحاديث الضعيفة أساساً لاستنباط الأحكام وإنما نقلها المتأخرون من الفقهاء لمجرد تأييد وجهة نظر إمامهم أو مذهبهم[1].

ومن أعلام هذه المدرسة سعيد بن المسيب المتوفى سنة 94 هـ وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر، وجاء من بعدهم الإمام مالك بن أنس والإمام الشافعي وأحمد بن حنبل وداوود الظاهري.

ب ـ مدرسة أهل الرأي:

نشأت مدرسة أهل الرأي في الكوفة، وقد عاصرت مدرسة أهل الحديث وساهمت في إثراء الفقه الإسلامي حتى وصل إلى مرتبة عالية من الازدهار والتطور.

وكانت حجية هذه المدرسة تقوم على أساس أن أحكام الشرع معقولة المعنى، ومعللة بعلل، وكانوا يبحثون عن العلل التي شرّعت الأحكام لأجلها، فكانوا يربطون الحكم بالعلّة متى وجدت وينفونه متى انتفت علته، وبمعنى آخر جعلوا الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً، ولعل هذا الأمر أبعدهم عن الجمود الفكري وجعلهم يعالجون الأحداث العملية بمرونة وبعد نظر.

أمّا سبب شيوع الرأي في العراق فيرجع إلى عدة اعتبارات، منها أن الأحاديث لم تكن موجودة بكثرة كما هو الحال في المدينة، إضافة إلى تعقد الحياة المدنية نتيجة للتأثربحضارات الفرس واليونان، إضافة إلى أن العراق كان موطن الخوارج والشيعة والإكثار من وضع الحديث مما دفع بالفقهاء إلى التشدد في قبول الأحاديث، كل هذه الأمور دعت الفقهاء لاستعمال رأيهم وذلك لمواجهة الظروف الطارئة والمسائل المستجدة في الحياة العملية. إلى جانب انتقال الخلافة من الحجاز إلى العراق مع الخليفة الإمام علي بن أبي

(1) الأستاذ محمد سلام مدكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص 125.

طالب ثم انتقالها فيما بعد إلى الشام مع الدولة الأموية، فكان لا بدّ أن ينتج عن ذلك انتقال الحركة العلمية إلى مواطن القوة السياسية حيث مركز الخلافة[1].

أما خصائص هذه المدرسة فهي كثرة التفريع للمسائل الفقهية والإندفاع وراء الإفتراضات، إلى جانب عدم الخوف من الفتوى والبحث عن المسائل المعقدة وإيجاد الأحكام الملائمة لها. ولم يكن يعني هذا الأمر أن أصحاب الرأي كانوا يقدّمون العمل بالرأي على العمل بالسنة الصحيحة الثابتة، فهم كأهل الحديث متى وثقوا من صحتها عملوا بها، إلا أنهم لم يستكثروا من روايتها. وكان من بين أهل الحديث من يميل إلى كثرة إستعمال الرأي، كما أنه كان من بين أهل الرأي من يكره إستعمال الرأي[2].

وقد كان من نتائج اللجوء إلى الإفتراض لمسائل لم تقع في الأصل إتجاه التشريع إتجاهاً نظرياً مما أبعده في بعض الأحيان عن واقع الحياة العملية، إلا أنه من ناحية أخرى أدى إلى إثراء الفقه الإسلامي وكثرة أحكامه، كما كان الدافع لمدرسة أهل الحديث لكي تعتمد على الرأي في المسائل المفترضة والبحث عن المعاني الواقعية.

وبوجه عام فإن هذا الإنقسام بين المدرستين لم ينتج عنه وجود الفقه المدوّن، إذ لم تكن للمجتهدين أصول واضحة ومعلومة، ولكن كان لهذا الأمر أهمية بالغة في تطوير الحركة الفقهية في العصر العباسي.

ومن أعلام هذه المدرسة الامام علي بن أبي طالب والخليفة عمر بن الخطاب، وعبد الله بن مسعود، ثم جاء من بعدهم إبراهيم النخعي وحماد بن سليمان والإمام أبو حنيفة.

بعض الأحكام الفقهية لمدرستي أهل الحديث والرأي

يرى فقهاء مدرسة أهل الحديث أن السنة بجميع أنواعها تستقل بتشريع

---

(1) الدكتور محمد فاروق النبهان: المدخل للتشريع الاسلامي، بيروت 1981، ص 153.

(2) من علماء أهل الحديث الذين توسطوا في استعمال الرأي ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ أبو عثمان المدني وقد لقب «بربيعة الرأي» وتوفي عام 136. كذلك عرف من أهل الرأي الذين كانوا يكرهون استعماله أبو عمرو عامر بن شراحيل.

الأحكام ولو لم يرد بخصوصها شيء في القرآن، وعلى هذا الأساس أجازوا الزيادة على الكتاب بخبر الواحد، كما أنهم أجازوا تخصيص عام القرآن بخبر الواحد لأن دلالة العام عندهم ظنّية.

أما أهل الرأي فلا يعتبرون أن خبر الواحد يستقل بتشريع الأحكام أو أن من شأنه تخصيص عام القرآن، ويشترطون لاعتبار خبر الآحاد مصدراً مستقلاً للتشريع عدم معارضته لدليل آخر أقوى منه من الكتاب أو من السنة المتواترة أو السنة المشهورة، ولأن خبر الواحد ظنّي الدلالة فلا يجوز رفع الدليل القطعي بدليل ظنّي.

وضمن هذا الاختلاف أجازت مدرسة الحديث القضاء بالشاهد واليمين بما رواه ابن عباس من قضاء الرسول بشاهد ويمين، ولم يجزه فقهاء الرأي لأنه غير مؤيد في نص الكتاب ولا في السنة المتواترة أو المشهورة. كما أجاز أهل الحديث أكل الذبيحة التي تركت التسمية عليها لحديث أن «المسلم يذبح على اسم الله سمّى أو لم يسمّ»، بينما رفض أهل الرأي الأخذ بهذا الحكم لأنه يعارض نص الكتاب الذي أتى بالآية التي تحرّم مثل هذا الحكم ﴿**ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه**﴾ (الأنعام/ 121).

الإجماع عند أهل الرأي هو إجماع المجتهدين في الأمة الإسلامية بعد عصر الرسول على حكم شرعي ولم يقصروه على علماء المدينة وتوسعوا في الأخذ بالقياس وقدموه على خبر الآحاد إذا عارضه ولم يستوفِ شروطه التي وضعوها. ولم يجز فقهاء الحديث قضاء المرأة لأنه لم يحدث أن ولى النبي ولا أحد من أصحابه امرأة في القضاء، بينما رأى الحنفية جواز تولي المرأة للقضاء لأنهم قاسوا القضاء على الشهادة، فما تجوز به شهادة النساء أجازوا فيه قضاءهن.

ومهما برز من اختلافات فقهية بين هاتين المدرستين فإن جوهر هذه الاختلافات يبقى في المسائل التفصيلية ولا تتعلق بأصول الأحكام والتكاليف التشريعية والمبادئ الأساسية التي أتت بها الشريعة الإسلامية، وفي ذلك يقول الشاطبي: «إن الله تعالى حكم بحكمته أن تكون فروع هذه الملّة قابلة للأنظار ومجالاً للظنون، وقد ثبت عند النظار أن النظريات لا يمكن الإتفاق فيها عادة،

فالظنيات عريقة في إمكان الاختلاف لكن في الفروع دون الأصول وفي الجزئيات دون الكليات»[1].

المبحث الثالث

العصر العباسي

إزدهار الحركة الفقهية

تبدأ هذه الحركة من أواخر العصر الأموي وتمتد حتى منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً، وقد تميّزت هذه المرحلة بالنهضة الفقهية واتساع دائرتها، وظهور المذاهب الفقهية المتعددة، وتدوين العلوم والفنون المختلفة. وقد اعتبر هذا الدور دور نضوج الفقه وازدهاره، وذلك يعود لأسباب عديدة نذكر أهمها في الفقرات الآتية:

أولاً ـ عناية خلفاء الدولة العباسية بالفقه والفقهاء:

جمعت الدولة العباسية بين الدين والدولة، فهي لم تكن في واقعها سياسية كالدولة الأموية، بل عملت على إعطاء الدين أهمية خاصة وجعلته الأساس الذي ترتكز عليه أسس المجتمع في تلك الفترة.

كما عمل الخلفاء على تشجيع الفقهاء ورفع شأنهم[2]، ووضعوا أنفسهم تحت سلطان الفقه على قدم المساواة مع الرعية، وكان لهذا أثره على اتساع دائرة الفقه وازدهاره، كذلك تركت الحرية للقضاة والمفتين والمؤلفين في إعطاء الأحكام وفقاً للطريقة التي رسمها كل منهم لنفسه، مع الإشارة إلى أنه لم يكن هنالك قانون عام تسير عليه الدولة في الشؤون القضائية.

ومن مظاهر تشجيع الخلفاء للعلماء ما أقدم عليه الخليفة المنصور من إستشارة الإمام مالك في أن يجعل كتابه الموطأ دستوراً للدولة. كذلك لما

---

(1) الاعتصام للشاطبي / جـ 2 ص 168 وما بعدها.

(2) ولم يكن هذا الأمر يعني الحرية المطلقة لعلماء الفقه الإسلامي، فالتاريخ يذكر الوقائع التي تثبت اتجاه خلفاء العصر العباسي إلى كبت الآراء التي لم تكن تتوافق مع سياستهم في إدارة شؤون الدولة، كموقف الإمام أبي حنيفة من عدم قبوله ولاية القضاء، وموقف الامام أحمد من قضية خلق القرآن، وفتوى الإمام مالك بعدم جواز بيعة المكره.

رغب الخليفة هارون الرشيد في وضع سياسة الدولة المالية على أساس الشريعة الإسلامية، توجه إلى الإمام أبي يوسف ليكتب له في هذا المجال فوضع كتابه الخراج في نظام الأموال وجبايتها على أساس الكتاب والسنة.

ثانياً ـ إتساع الدولة وكثرة الحوادث:

إتسعت الدولة الإسلامية في العصر العباسي إتساعاً كبيراً فضمّت شعوباً مختلفة الأديان والحضارات والثقافات والنظم الاجتماعية والقانونية، ومن بينها نظم وعادات الفرس والرومان.

وقد أدى هذا التوسع إلى مواجهة الحوادث الطارئة والعلاقات الجديدة في الاقطار المختلفة عن طريق توسيع دائرة التشريع الذي فرضته الضرورات العملية. وفي هذا المجال قام الفقهاء بالرحلات العلمية المتابعة للتزود بالمعرفة والكسب العلمي، فكانت ثمرة تلك الرحلات أن تقاربت وجهات النظر وتبودلت الآراء التي أدّت إلى توحيد الأحكام في المسائل المختلف عليها.

كذلك كان من نتائج الفتوحات الواسعة أن نشطت الترجمة لثقافات الأمم المختلفة وعلومها إلى اللغة العربية، وكان لها أثرها في طرق الاستدلال الفقهية حيث بدأ الفقه الإسلامي يتجه أكثر فأكثر نحو النضوج والكمال.

ثالثاً ـ شيوع الجدل والمناظرات بين الفقهاء:

نتيجة لتعدد المذاهب نشأت المناظرات بين الفقهاء، بحيث كان يسعى كل فقيه في سبيل تدعيم رأيه إلى البحث عن الأدلة الشرعية والتعمق في البحث حتى يستطيع إثبات وجهة نظره في مسألة من المسائل المعروضة. وبذلك شاع الجدل وتعددت المسائل المجتهد بشأنها في هذا العصر، وبلغ ذروته حين تركزت مدرسة أهل الحديث وهي مدرسة الحجاز في الإمام مالك، وتركزت مدرسة أهل الرأي وهي مدرسة الكوفة في الإمام أبي حنيفة. وكانت هذه المناظرات تدور في حلقات الدروس والمساجد والمنازل ومجالس الخلفاء وخلال مواسم الحج، وهذا ما أدى إلى توسيع دائرة الحركة الفقهية ووضع الأصول العلمية للفقه.

رابعاً ـ التدوين:

مما لا شك فيه أن القرآن الكريم كتب في عصر الرسول في صحف

متفرّقة، وقد جمعت هذه الصحف فيما بعد في عهد الخلفاء الراشدين. أما بالنسبة للسنّة فإنها لم تدوّن كما كان الأمر بالنسبة للقرآن، لأنه روي عن الرسول نهيه عن كتابة شيء عنه غير القرآن، إلى جانب خوف الصحابة من أن يشتغل الناس بحفظ الحديث عن القرآن، وخوفهم أيضاً من الأحاديث غير الصحيحة فيبقى هذا الأمر مأثوراً ما دام دُوِّن في كتاب معين.

وإذا لم يشهد عصر الخلفاء الراشدين أو العصر الأموي تدويناً للسنة، فإن العصر العبّاسي شهد هذا الأمر بسبب تغيّر الظروف والأحوال، ووجود أسباب وعوامل أدّت إلى اعتبار تدوين السنة أمراً ضرورياً باعتباره المصدر التالي للفقه بعد القرآن[1].

كذلك نشطت حركة التدوين في كافة فروع العلوم والفنون ومن بينها علم الفقه، فنشأ بشكل علمي علم أصول الفقه الذي يرمي إلى استنباط المجتهد للأحكام من أدلتها، وترتيب الأدلة، والشروط الواجب توافرها في المجتهد سواء من ناحية علمه بالأحكام الشرعية المتعلقة بأفعال المكلفين، أو من ناحية معرفته بمعاني النصوص وعللها.

وكان لهذا التدوين الأثر الواضح في العمل على نشر الفقه وذيوعه، وجعله في متناول العلماء بدون عناء ومشقّة، بحيث يسّر لهم التزود منه والإحاطة به والتعرف على أصوله العلمية.

خامساً ـ اعتمد القضاء على الفقه الإسلامي:

إذا ما ترسخت لدينا فكرة ضرورة الاجتهاد في التشريع الإسلامي فهذا يعني أن القضاء الذي يرتكز في بنيانه الأساسي على الإجتهاد يقوم بدور كبير في مجال إغناء الثروة الفقهية عن طريق الأحكام المستندة إلى الكتاب والسنة والتي من المفترض أن تعالج لكل ما يعرض من مسائل في حياة المجتمعات وتطورها.

ولقد اعتمد القضاء بشكل أساسي خلال هذه الفترة على الفقه الإسلامي على حدود ما تسمح به الشريعة من اجتهادات في أحكامها وموضوعاتها،

(1) الشيخ محمد الخضري: تاريخ التشريع الإسلامي، القاهرة 1960، الطبعة السابعة ص 180 وما بعدها.

وهذا ما أدى إلى وجود أحكام كثيرة وثروة فقهية ضخمة ما زالت تعتبر حتى عصرنا الحاضر من المصادر التي يرجع اليها في تشريع الأحكام وحل ما يستجد من حوادث، وقد تشعبت مذاهب القضاة تبعاً لمذهب الخليفة أو الحاكم، فقد تولى الحنفية منصب القضاء في الأقطار التابعة للعباسيين، وتولى الشيعة هذا المنصب في الأقطار التابعة للفاطميين، وتولاه علماء المالكية في الأندلس وبلاد المغرب، وعلماء الحنابلة في البحرين.

كما أنشئ لقب قاضي القضاة ببغداد الذي كان له سلطة تقليد القضاة وعزلهم ويشرف على حسن سير العدالة وأول من تولى هذا المنصب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة[1].

وإذا كنا نرى أن حرية القاضي لم تكن مطلقة إلى الحد الذي تفرضه وظيفته المكلف بها، فإنه كان يتمتع بقدر معقول من الاستقلال الفكري والتشريعي، وقد تحول هذا الأمر في العصر التالي إلى جمود القضاة عند حدود ما توصل إليه أسلافهم وإلى الاجتهاد في دائرة محدودة لا تتجاوز أطر المذاهب التي ينتمون إليها.

الخصائص التشريعية لهذا العصر

تميّز هذا العصر بخصائص تشريعية كثيرة نذكر أهمها:

1 ـ إشتداد الخلاف بين مدرستي أهل الرأي وأهل الحديث بحيث تركّز الفقه في هذين الاتجاهين، ورغم ذلك فإن فقه الحديث لم يكن مقصوراً على فقهاء الحجاز، كما أن فقه الرأي لم يكن مقصوراً على فقهاء الكوفة.

2 ـ نهوض الفقه نهضة عظيمة وشموله لمختلف نواحي الحياة العلمية والإنسانية، كذلك نشأت خلال هذه الفترة المذاهب الفقهية المتعددة، وقد اعتمدت سياسة الدولة التشريعية على رأي هذه المذاهب، فكان فقه الإمام أبي حنيفة مثلاً هو السائد في قضاء الدولة العباسية.

3 ـ تدوين السنة وتدوين الفقه وأصوله بشكل علمي بعد أن كان في السابق عبارة عن مسائل متفرقة لا يمكن الرجوع اليها إلا بمشقة وصعوبة.

---

(1) الأستاذ حسين علي الأعظمي، الوجيز في أصول الفقه وتاريخ التشريع، بغداد 1949، ص 208 ـ 209.

4 ـ ظهور الفقه التقديري الذي لا يتوقف عند الحوادث التي تقع، بل يتجاوزها إلى افتراض الوقائع وتقرير الأحكام الملائمة لها، وكان للمذهب الحنفي عناية خاصة بهذا اللون من الفقه.

5 ـ كثرة الآراء والفتاوى في المسألة الواحدة، وتعصب كل فقيه لرأيه والاحتجاج به عن طريق البحث عن الأدلة الشرعية. وكان الفقهاء يرجعون في استنباط الأحكام إلى الكتاب أو سنة الرسول بعد أن وضع كل فقيه الشروط الواجب توافرها في أحاديث الرسول، وإلى أقوال الصحابة، والرأي بمعناه الراسع من قياس أو إستحسان أو إستصلاح وسد ذرائع، وإلى العرف الذي ظهر دوره بشكل واضح نتيجة إتساع الدولة الإسلامية[1].

6 ـ بروز المذاهب الاجتهادية الكبرى في الاسلام، من خلال ظهور أئمة مجتهدين في المجال الفقهي، وما زالت آراؤهم الفقهية لها القيمة العلمية والعملية في عصرنا الحالي، فالمذهب الحنفي توسع في استنباط الأحكام عن طريق القياس والرأي، والمذهب المالكي بنى الكثير من أحكامه على المصلحة المرسلة، والمذهب الشافعي توسط في الأخذ بالقياس ورفض الاستحسان وأنكر الاحتجاج بعمل أهل المدينة ودافع عن الخبر الواحد الصحيح، والمذهب الحنبلي عمل على الاشتغال بالحديث حيث غلب هذا الطابع عليه، والمذهب الجعفري انطلق من باب الاجتهاد بشكل واسع فكانت له الأحكام الكثيرة التي تعتمد على حكم الكتاب والسنة. إلى جانب المذهب الزيدي ومذاهب الخوارج التي سنتكلم عنها وعن مختلف المذاهب التي ذكرناها في الباب المتعلق بدراسة المذاهب الفقهية في الاسلام.

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعرف بالفقه الإسلامي، ص 135.

الفصل الثالث

دور التقليد والجمود

تمهيد

يشتمل هذا الدور على الفترة الممتدة من منتصف القرن الرابع الهجري حتى سنة 1286 هـ. ويتضمن هذا الدور مرحلتين أساسيتين:

المرحلة الأولى: وتبدأ من منتصف القرن الرابع الهجري وتنتهي بسقوط بغداد على يد هولاكو سنة 656 هـ.

المرحلة الثانية: وتبدأ من سقوط بغداد وتنتهي بصدور مجلة الأحكام العدلية سنة 1286 هـ.

(أ): المرحلة الأولى

تدهور الحركة الفقهية

تفككت أواصر الدولة الإسلامية خلال هذه الفترة وانقسمت إلى دويلات متنافرة ومتناحرة فيما بينها، فقد قام في الأندلس حكم بني أمية، وفي شمال افريقيا أسست دولة الشيعة الإسماعيلية، وفي مصر كان محمد الأخشيدي يدعو لبني العباس، وفي اليمن قامت دولة الشيعة الزيدية، وفي بغداد قامت دولة بني بويه.

وقد كان لهذا الإضطراب السياسي والإجتماعي أثره على نشاط الحركة العلمية التي أخذت تتجه إلى الضعف والجمود وفقدان روح الإستقلالية والتجديد، كذلك اتجه الفقهاء إلى تقليد من سبقهم من المجتهدين والتزموا

مذاهب أئمتهم وتعصبوا لآرائهم دون أن يعملوا رأيهم لمواجهة ظروف المرحلة وتطوراتها المتلاحقة.

إلى جانب ما تقدّم فقد أدّى التدوين في العصر السابق إلى سهولة الرجوع إلى الأحكام السابقة دون أن تكون هنالك حاجة إلى البحث عن أحكام جديدة، فاكتفى العلماء بهذا القدر من الاجتهاد، إضافة إلى اختيار القضاة من المقلدين جعل هؤلاء يدينون بالولاء للمذهب الذي يرتضيه الخليفة. وقد أدّت هذه الأمور إلى دعوة بعض العلماء لاقفال باب الاجتهاد، كي لا يقوم بهذه الوظيفة من تنقصه الكفاءة العلمية للبحث والتنقيب عن الأحكام وعللها الشرعية. أما علماء الشيعة فأوجبوا العمل بالرأي لايمانهم بعصمة أئمتهم عن الخطأ ولزوم توافر الاجتهاد في كل عصر[1].

وظيفة العلماء في هذه المرحلة

رغم ما امتازت به هذه المرحلة من تقليد وجمود، فقد ظهر بعض الفقهاء الذين كان لهم الفضل بتكملة المذاهب الفقهية وتنظيمها، وكان عمل الفقهاء يتناول الأمور الآتية:

1 - البحث عن علل الأحكام: لقد عمل العلماء في بعض الأحيان على البحث عن تعليل الأحكام في كثير من المسائل التي تركت من غير تعليل، واستنباط تلك العلل التي تمكنهم من الحكم في الوقائع التي لم يرد بشأنها حكم عن الأئمة السابقين. وكان هؤلاء العلماء يعتمدون على القياس، أو مراعاة المصالح المرسلة إلى غير ذلك من الأصول التشريعية، وكان الاجتهاد بالنسبة لهم يقتصر على مذاهب أئمتهم دون غيرها، لذلك اعتبروا مجتهدي مذهب معين.

2 - الترجيح بين الآراء المختلفة في المذهب الواحد: والترجيح بين الأقوال المختلفة في المذهب الواحد قد يكون بين أقوال الأئمة لذات المذهب، أو بين أقوال الأئمة وتلاميذهم، وهذا الأمر يحتاج إلى ملكة فقهية قوية، وإحاطة بأصول فقه الأئمة وطرقهم في استنباط الأحكام.

---

(1) الدكتور عبد الرحمن الصابوني، المدخل لعلم الفقه، ص 30.

3 ـ الإنتصار للمذاهب: لقد استتبع أمر الإنتصار للمذاهب أن قام بعض العلماء بتتبع مواضع الخلاف وتصنيفها في كتب مع بيان بالأدلة عن كافة هذه المسائل. ولكن بوجه عام كان الترجيح يأتي لمصلحة المذهب الذي ينتمي إليه الفقيه رغم ضعف براهينه وحججه الواهية في بعض الأحيان.

4 ـ الجدل والمناظرات: قامت في هذه الفترة المناظرات والمناقشات بين أنصار المذاهب المختلفة، ولم يكن القصد منها في غالب الأحيان إلا العصبية المذهبية، رغم أنها لم تخل من فائدة إذ كانت تدفع بالعلماء للبحث عن علل وأدلة لتدعيم وجهات نظرهم. وحتى لا تؤدي هذه المناظرات إلى التعصب الأعمى فقد وضع الإمام الغزالي شروطاً معينة في المناظرة تتلخص أهمها فيما يتعلق بوجوب أن يكون المناظر مجتهداً أي غير مقلّد لرأي أمام مذهب معين، وأن تجري المناظرة في المجالس الخاصة لأن المناظرة في المحافل العامة تدفع الفرد إلى التمسك برأيه ولو كان خاطئاً، وأن يكون المناظر طالباً للحق وأن يتخلص من آفات المناظرة كالحسد والتكبر والحقد والغيبة والإساءة للخصم والاستكبار عن الحق والرياء[1].

(ب): المرحلة الثانية

التقليد المطلق في الفقه

إمتدت هذه المرحلة من منتصف القرن السابع الهجري إلى أوائل القرن الثالث عشر، وتعتبر أطول مرحلة في تاريخ الفقه الإسلامي، كذلك تعتبر أبرز مرحلة إتصف فيها الفقه بالركود والجمود والضعف إلى حد الوصول إلى التقليد المطلق. واكتفى العلماء بما توصل إليه أسلافهم، وأقلعوا عن التماس العلل والترجيح إلا في النادر القليل.

فالتوجه خلال هذه الفترة كان يرمي إلى إختصار الكتب والمؤلفات حتى بلغ الإيجاز حد الالغاز. ولقد وصل الأمر إلى حد وضع كتب شارحة تحتاج

---

(1) الشيخ محمد الخضري: تاريخ التشريع الإسلامي، ص 330 وما بعدها.

بدورها إلى شرح ما غمض منها. وهكذا ظهرت أنواع عديدة من المؤلفات منها ما يتعلق بالمؤلفات المختصرة وتسمى بالمتون، ومنها ما يتعلق بالمؤلفات الشارحة وتسمى بالشروح، ومنها ما يتعلق بشرح الشروح وتسمى بالحواشي، وقد وصل الأمر إلى التعليقات على الحواشي وسميت بالتقريرات.

وهكذا تركز الإهتمام على العناية بالمناقشات اللفظية دون الإهتمام بالجوهر والمعنى، مما ألحق أشد الضرر بالفقه بحيث توقف عن التطور وعن مواجهة ما يستجد من أحداث ومسائل.

أما أسباب التقليد والجمود فترجع كما في المرحلة السابقة إلى تدوين المذاهب الفقهية بحيث أصبحت في متناول الناس، وإلى ضعف الدولة العباسية وانقسامها إلى دويلات متعددة، وإلى اختيار القضاة من المقلدين، وهذا ما أفسح المجال للراغبين في هذه المناصب إتباع المذهب الذي تتبناه الدولة.

ورغم هذه المرحلة من الجمود فقد ظهر بعض العلماء أمثال أبو العباس تقي الدين بن تيمية المتوفى عام 758 هـ، وتلميذه أبو عبد الله شمس الدين بن قيم الجوزية المتوفى عام 751 هـ، فقد حمل كل منهما على التقليد، ودعوا إلى بعث الاجتهاد، والرجوع إلى كتاب الله وسنة رسوله، وما كان عليه السلف الصالح[1].

وفي أواخر القرن الحادي عشر الهجري ظهر أبو عبد الله محمد بن عبد الوهاب التميمي (المتوفى عام 1206 هـ) فأسس المذهب الوهابي الذي أصبح فيما بعد المذهب الرسمي للمملكة العربية السعودية، وقد اقتبس معظم مبادئه من إبن تيمية وابن قيم الجوزية[2].

مميزات هذه المرحلة

تميّزت هذه المرحلة بازدهار حركة التدوين فظهرت كتب الفتاوى

(1) راجع إعلام الموقعين عن رب العالمين: لإبن قيم الجوزية جـ 2 (ص 135 ـ 207).

(2) رغم تحمس الدعوة الوهابية لآراء ابن تيمية، فقد تجاوزت حد الدعوة المجردة ودعت إلى حمل السيف لمحاربة المخالفين والبدع وللأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
الشيخ خليل الزين: تاريخ الفرق الاسلامية / بيروت 1985، ص 228.

الكثيرة، ثم بدأت مرحلة تقنين الفقه، فظهرت القوانين التي عدلت بعض الأحكام الفقهية الشرعية.

فمن ناحية أولى ورغم جمود الحركة الفقهية فقد ظهرت مؤلفات الفتاوى بسبب تولي العلماء مهمة الإفتاء الرسمي، نظراً لمكانتهم العلمية المرموقة، وقد سجلوا هذه الفتاوى في كتب خاصة. وكان أسلوب الفتاوى يجري غالباً عن طريق السؤال، ثم إيراد الجواب عليه بالرجوع إلى النصوص التي يستند عليها، وقد يقتصر الأمر على سرد الوقائع دون الأسئلة.

من أهم الفتاوى التي ظهرت في هذه المرحلة الفتاوى الهندية وقد طبعت في مصر لأول مرة سنة 1282 هـ، وتقع في ستة مجلدات ضخمة[1]، والفتاوى الخانية للقاضي خان الحسن بن منصور المتوفى سنة 592 هـ، والفتاوى البزازية وهي لحافظ الدين محمد المشهور بابن البزاز المتوفى سنة 827 هـ، والفتاوى الخيرية لخير الدين المنيف الفاروقي الرملي المتوفى سنة 1581، والفتاوى المهدية للشيخ محمد العباسي المهدي المتوفى سنة 1252 هـ، والفتاوى الكبرى لابن حجر الهيثمي وتقع في أربعة مجلدات، ومجموعة فتاوى ابن تيمية وهي مطبوعة في خمسة مجلدات، ومؤلفات مختلفة في الفلسفة والدين والفقه التي وضعها صدر الدين الشيرازي المتوفى سنة 1641[2].

أما لناحية عمل الفقهاء فقد اقتصر على التمييز بين الأقوال الضعيفة والأقوال القوية التي صدرت عن الأئمة السابقين، كذلك التعرّف على ظاهر الرواية، وتصنيف المختصرات، وبعض الفقهاء أحاط نفسه بدائرة التقليد المطلق دون المفاضلة أو الترجيح بين الآراء المختلفة.

ومن ناحية ثانية فقد نشطت حركة التقنين فصدرت بعض القوانين التي تعدّل من الأحكام المعمول بها في المذهب الحنفي وهو مذهب الدولة

---

(1) الفتاوى الهندية منسوبة إلى الملك الملقب (عالمكير) أي فاتح العالم، وقد حكم الهند بين سنة 1069 هـ وسنة 1119 هـ. وقد قضى هذا الملك على عناصر الفساد في أسرته وجمع علماء عصره من الحنفية وطلب منهم جمع الأقوال الصحيحة المعمول بها في المذهب الحنفي.

(2) أشهر مؤلفاته كتاب الاسفار الأربعة، ومن أتباعه البارزين محمد باقر المجلسي المتوفي سنة 1700 م، وأحمد ابن ابراهيم الاحسائي المتوفي سنة 1828 م.

العثمانية، وكان ذلك نتيجة طبيعية لما شهدته هذه المرحلة من تطورات مختلفة على صعيد العلاقات الاقتصادية بين الدولة العثمانية والبلدان الأجنبية.

فقد صدرت بعض المسائل الفقهية العملية عن طريق الإرادات السلطانية في العهد العثماني، كمنع سماع الدعاوى بعد مرور الزمن، وكانت الإرادة السلطانية سارية في حدود ما لا يتعارض مع النصوص الشرعية القطعية، فقد صدر الأمر السلطاني بعدم نفاذ وقف المدين بالقدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله، كي لا يلجأ المدين لتهريب أمواله من وجه الدائنين، مع أن الأصل في المذهب الحنفي هو نفاذ وقف المدين ولو كان دينه محيطاً بجميع أمواله لأن الدين يتعلق بذمته لا بعين ماله.

الفصل الرابع

دور اليقظة الفقهية

تمهيد وتقسيم

يبدأ هذا الدور بظهور مجلة الأحكام العدلية سنة 1286 هـ ويستمر خلال عصرنا الحالي. ويعتبر هذا الدور من الأدوار التي تشهد يقظة فقهية بشكل تدريجي، حيث أخذ الفقه يسترد مكانته المرموقة السابقة، وحيث أخذت الأفكار تبتعد عن التعصب المذهبي، وبذلك أصبح الفقه المقارن من أهم المواد في مجال البحث والتأليف بعد أن تخلّص من العناية الشكلية والألفاظ والإختصار الذي طغى عليه في فترة التقليد والجمود.

وقد سار القضاء على أساس الإعتماد على مجموعة من القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي دون تفرقة بين المذاهب المختلفة وفي سبيل مراعاة مصالح الناس.

ويمكن القول بأنّ هذا الدور الذي تميّز بظهور مجلة الأحكام العدلية بصفة قانون مدني عام، مأخوذ من الفقه الحنفي، وبظهور الدراسة المقارنة للفقه واتساع دائرة التقنين، ونخصّص مبحثين لدراسة خصائص هذا الدور على النحو الآتي:

المبحث الأول: ظهور مجلة الأحكام العدلية.

المبحث الثاني: إتساع دائرة التقنين واعتماد الفقه المقارن للدراسة.

المبحث الأول

ظهور مجلة الأحكام العدلية

تطبيق المجلة بصفة قانون مدني عام

كانت أحكام الفقه الإسلامي منشورة في كتب متفرّقة للمذاهب

المختلفة، وكانت آراء الفقهاء تختلف في بعض الأحيان في المسألة الواحدة، ولم يكن الرجوع إلى الرأي القوي والراجح بالأمر اليسير نتيجة لكثرة الآراء الفقهية واختلافها. لذلك عندما شرع بتأسيس المحاكم النظامية في الدولة العثمانية، ومن أجل تيسير رجوع الحكام المدنيين إلى الأحكام الفقهية، فقد صدرت الإرادة السلطانية بتأليف لجنة لوضع مجموعة من الأحكام الشرعية بصفة قانون مدني عام، مأخوذة من أحكام المذهب الحنفي ومرتبطة أكثر من غيرها بالحوادث والوقائع المستجدّة.

إستمر عمل اللجنة سبع سنوات (1286 هـ ـ 1293 هـ) برئاسة أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية ووضعت الأحكام التي انتقتها من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي.

إشتملت المجلة على 1851 مادة مرتّبة وفق القوانين الحديثة، وصنّفت المواضيع في ستة عشر كتاباً مقسمة إلى أبواب، والأبواب مقسمة إلى فصول. أما المواد فقد تناولت أحكام البيوع، والإجارات، والكفالة، والحوالة، والرهن، والأمانات، والهبة، والغصب، والإتلاف، والحجر، والإكراه، والشفعة، والشركات، والوكالة، والصلح، والإبراء، والإقرار، والدعوى، والبينات، والتحليف، والقضاء.

بدأ العمل بأحكام المجلة سنة 1293 هـ، وأخذت محاكم الدولة تطبّق أحكامها باعتبارها قانوناً مدنياً عاماً ينظم المعاملات المالية، ولم تبحث المجلة في مسائل العبادات، بل اكتفت بالأحكام القانونية من معلومات الفقه. كذلك بقيت مسائل الأحوال الشخصية من إختصاص الشريعة الإسلامية بشكل مباشر، وقد ظهر في مرحلة لاحقة قانون العائلات سنة 1326 هـ الذي اختص بمسائل الزواج والطلاق، وأخذ في كثير من المسائل من غير المذهب الحنفي.

أما أحكام المجلة فقد طبقت في تركيا ومعظم الأراضي التي كانت خاضعة للحكم العثماني، باستثناء قلب الجزيرة العربية واليمن ومصر التي استقلت عنها عام 1291 هـ [1].

---

(1) الدكتور صبحي محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام، ص 92.

المبحث الثاني

الفقه المقارن وحركة التقنين

إعتماد الفقه المقارن كأساس للبحث والدراسة

يقصد بالفقه المقارن العلم بالأحكام الشرعية من حيث معرفة مختلف الآراء في المسألة الواحدة ودليل كل رأي، والقواعد التي ترتكز عليها هذه الآراء، والمقارنة فيما بينها، واختيار أقربها للحق، ومقابلتها بالقوانين المعمول بها في مختلف البلدان[1].

والفقه المقارن عرف خلال الأدوار التي مرّ بها التشريع الإسلامي ولكن بصورة متواضعة، وأصبح بعد القرن الرابع الهجري مجرد إنتصار كل فقيه لرأي إمامه، فلم تكن هناك ترجيحات يعمل بها، وإن حدث شيء من ذلك فإنه كان يتمّ ضمن آراء المذهب الواحد.

أما خلال الدور الحالي فقد ساد الفقه المقارن عند مختلف المذاهب، باعتبار أن هذا الأمر يتفق مع مقاصد الشريعة، وقد أدى هذا الأمر، إلى ترجيح الدليل القوي بغضّ النظر عن مصدره، ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد، فقد بلغت المقارنة دورها العلمي لتصبح شاملة لأقوال الفقهاء في الشريعة وآراء فقهاء التشريع الوضعي[2]. ويعتبر تدريس الشريعة الإسلامية في الكليات والجامعات في مختلف الأقطار الاسلامية يندرج ضمن هذا الإطار ويرتكز على أصول علمية واضحة.

كذلك إتّصف القضاء بالوضوح والتجرد، واعتمدت الأحكام على الفقه الإسلامي كأساس لبناء العلاقات في المجتمع بدون تفرقة بين مذهب وآخر، وذلك من أجل التيسير على الناس ونشر العدالة فيما بينهم.

---

(1) الأستاذ محمد سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص 103.

(2) وكان من أبرز من حمل على التقليد والجمود السيد جمال الدين الأفغاني باعث النهضة الفكرية في الشرق توفي عام 1898 م ومن أهم مؤلفاته رسالة الرد على الدهريين، ورسالة في القضاء والقدر، ومن تلاميذه الامام محمد عبده المتوفي سنة 1906 م، ومن أهم مؤلفاته رسالة التوحيد، والاسلام والنصرانية مع العلم والمدنية.

إتساع حركة التقنين في هذا العصر

كانت أول محاولة للتقنين قد ظهرت من خلال مجلة الأحكام العدلية، وتلتها تقنينات أخرى عديدة كان أهمها للفقيه قدري باشا، فألف كتابه «مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان» وهو خاص بالمعاملات، وقامت بطبعه الدولة المصرية عام 1890 م. كذلك كتابه «العدل والإنصاف في مشكلات الأوقاف» وقد طبع عام 1893 م. ومن كتبه أيضاً كتاب في الأحوال الشخصية تناول فيه مسائل الهبة والحجر والوصية والميراث.

ورغم أن المؤلفات السابقة لم تأخذ الصفة الرسمية في الدولة، فقد كانت المرشد لكل من أتى يتزود بالأحكام الفقهية المقننة.

كذلك إتسمت خلال هذا العصر حركة التقنين في مختلف فروع القانون سواء ما تعلق منها بالقانون المدني، أو القانون الإداري، أو القانون الجنائي، ويرجع هذا الأمر إلى التطورات في العلاقات الاقتصادية وازدياد التعامل في الداخل والخارج، وظهور أنواع عديدة من العقود والشركات والمؤسسات، وأصبحت الدولة هي المشرف والموجه بغية تحقيق أهداف معينة، فبالنسبة للعقود العقارية مثلاً، فإن إشراف الدولة عليها كان يرمي إلى تحقيق إيرادات للخزينة، ومنع التلاعب بملكية العقارات عن طريق تسجيلها في السجل العقاري، وتحديد تملك الأجانب لها.

وقد دعت الضرورات العملية لإصدار بعض التقنينات، كقانون أصول المحاكمات، وقانون التنفيذ، وقانون كتاب العدل إلى غير ذلك من القوانين. إلى جانب ذلك فإن أحكام المجلّة كانت قاصرة عن إستيعاب كافة الحوادث المستجدة، وهذا ما دفع المشرّع إلى إصدار التقنينات الضرورية لمواجهة الأمور الطارئة التي اقتضتها التطورات الحديثة[1].

تقييم معالم دور اليقظة الفقهية

اعتبر صدور مجلة الأحكام العدلية بداية عصر التدوين القانوني للفقه الإسلامي، وقد كانت نموذجاً حياً لقدرة التشريع الإسلامي على مواكبة

(1) أنظر بالتفصيل: الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول مطبعة الجامعة دمشق 1961، ص 178 ـ 179.

التطورات في المجتمع مهما اختلفت أسسه وأشكاله، وهذا العمل لم تطاله الدراسات الحديثة على أساس تطويره بما يتلاءم مع الحوادث والتطورات التي شهدها هذا العصر في مختلف الميادين، لذلك فإن أحكام المجلة سقطت بانهيار الدولة العثمانية خلال الحرب العالمية الأولى ولم تقم أية سلطة تشريعية بعد ذلك باعتمادها كعمل تشريعي يستحق الدراسة والتحليل ووضعه في إطار عمل تشريعي معدل.

وضمن هذا الإطار نشير إلى «قانون حقوق العائلة العثماني» الذي صدر سنة 1917 وتناول شؤون الأسرة مستمدة أحكامه من المذاهب الفقهية الاسلامية وقد ظل معمولاً به في سوريا حتى سنة 1953 حيث صدر قانون متكامل للأحوال الشخصية.

ونحن نعتبر أن هذه القوانين كانت بمثابة المحاولات الجدية لوضع تشريعات مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي، وما زالت هذه المحاولات تأتي ثمارها من خلال الدراسات المقارنة الكثيرة التي وضعت في موضوعات متفرّقة في الفقه الجنائي الاسلامي والعلاقات الدولية في الإسلام والأحوال الشخصية، والنظم الاقتصادية والمالية، والنظم السياسية والإدارية والقواعد المتعلقة بالعقود ونظام الملكية.

ومن ضمن الدراسات الحديثة في مجال المقارنات الفقهية والتشريعية الاسلامية ما يتعلق بوضع موسوعات فقهية كموسوعة الفقه الاسلامي في سوريا التي تشرف عليها كلية الشرية بجامعة دمشق، ومعجم فقه ابن حزم الظاهري، وموسوعة عبد الناصر الفقهية الصادرة عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية في القاهرة وموسوعات أخرى قيد الاعداد كالموسوعة الفقهية في الكويت والموسوعة التي تبنتها جمعية الدراسات الاسلامية في القاهرة برئاسة فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة[1].

وما يجعل من تكريس هذه الأطر للدراسات الاسلامية ما يتعلق بالمؤتمرات القانونية التي تؤكد ضرورة العودة إلى التشريع الإسلامي كمصدر أساسي لتوحيد القوانين في البلدان العربية والاسلامية، وهذا ما أكدته التوصية

---

(1) الدكتور محمد فاروق النبهان، المرجع السابق، ص 374 وما بعدها.

الصادرة عن الندوة الأولى لعمداء كليات الحقوق بالجامعات العربية[1] التي ركّزت على «وجوب العناية بالدراسة المقارنة بين أحكام الشريعة الاسلامية وأحكام القوانين الوضعية، باعتبارها من أهم أسس التوحيد القانوني بين البلاد العربية».

كما صدر عن الندوة الثانية لعمداء كليات الحقوق في العالم العربي[2] توصيات تقضي «بالعناية التامة بدراسة الفقه الإسلامي، لأن إستكمال الشخصية العربية يقتضي الرجوع إلى هذه الشريعة والاعتماد عليها كمصدر أساسي للقانون العربي الموحد... ودعوة الحكومات التي تنصّ في دساتيرها على الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع إلى وضع هذا النص موضع التنفيذ عن طريق الالتزام بالأحكام القطعية، والاجتهاد في المسائل الاجتهادية بما يلائم روح العصر...».

ولا شك أن مجمل الدراسات والأبحاث تشير إلى أهمية تطوير الدراسات الاسلامية في الجامعات وإنشاء الكليات والمعاهد والمراكز العلمية المتخصصة من أجل وضع أسس متكاملة للقواعد القانونية المستمدة أحكامها من مبادئ الشريعة الاسلامية وأحكامها.

الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريعات الوضعية الحديثة

اعتبرت معظم الدساتير العربية الشريعة الاسلامية كمصدر رئيسي للتشريع[3]، وتخصيصها بهذا الاطار أعطاها منزلة تفضيلية على ما سواها، إذ أنه ليس من شأن ذلك أن يستبعد المصادر التشريعية الأخرى، لأن نصوص القوانين الدستورية لم تجعلها المصدر الوحيد للتشريعات، والمشرع يرجع إبتداء إلى أحكام الشريعة الاسلامية، وإذا رجع إلى غيرها فعليه أن يشرع من الأحكام بما لا يتناقض معها.

---

(1) عقدت الندوة في شهر نيسان سنة 1973 في جامعة بيروت العربية، أنظر سلسلة ندوات الدراسات القانونية، الصادرة عن اتحاد الجامعات العربية، ندوة بيروت ص 400 و401.

(2) عقدت الندوة في بغداد سنة 1974، أنظر الدكتور محمد فاروق النبهان، المرجع السابق ص 361 و362.

(3) أنظر: القانون الدستوري السوري لسنة 1960، والكويتي 1962، والدستور العراقي المؤقت لسنة 1964 ودستور إتحاد الجمهوريات العربية لسنة 1971، ودستور أندونيسيا لسنة 1956، والباكستاني لسنة 1962 والدستور المصري الحالي والدستور السوداني.

أما فيما يختص باعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الوحيد للتشريع والنظام الشامل لحياة الأفراد والمجتمع والدولة فإن النظام الدستوري في الجمهورية الاسلامية في إيران الصادر سنة 1979 يعتبر النموذج الواضح في هذه السياسة، وتكون طبقاً لذلك كافة القوانين والمقررات المدنية والجزائية والمالية والاقتصادية والادارية والثقافية والعسكرية والسياسية وغيرها قائمة على أساس الموازين الاسلامية[1].

وفي مجال القانون الخاص في البلاد العربية الاسلامية فإننا نرى تأثير الشريعة الإسلامية في إتجاهين:

الأول: باعتبار الشريعة الاسلامية مصدراً أصلياً خاصاً ويشتمل مسائل الأوقاف والاسرة والولاية على النفس والمال والأهلية والميراث والوصية.

الثاني: باعتبار الشريعة الاسلامية مصدراً إحتياطياً في نطاق المعاملات المدنية، وبعد الالغاء الصريح أو الضمني لأحكام المجلّة.

وبذلك فإن دراسة أحكام الشريعة الاسلامية وأصولها والمقاصد المتوخاة منها يقابل ما يعرف بفلسفة القانون في التشريعات الوضعية، ولم تعد تشكل أهمية دينية وتاريخية فقط بل تمثل أهمية قانونية وحضارية كبرى[2].

---

(1) المادة 4 من دستور الجمهورية الاسلامية في إيران لسنة 1979.

(2) الدكتور حسن جلبي: الاتجاهات العامة في فلسفة القانون، الجزء الأول، كلية الحقوق الجامعة اللبنانية 1985، ص 160.

الباب الثاني

مصادر التشريع الإسلامي

تمهيد وتقسيم

يقصد بمصادر التشريع الإسلامي أصوله التي يقوم عليها وأدلته التي يستند اليها، فكلمة المصدر لا تعني بالنسبة للقواعد الشرعية الأصل المنشئ لها لأن الله تعالى هو مصدر الأحكام كافة، وإنما يعني طرق إستنباطها من الشرع مباشرة أو عن طريق الاجتهاد. ولفظ المصدر بالنسبة للشريعة يرادف مصطلح المصدر الرسمي بالنسبة للقانون، رغم أن الفقهاء إستعملوا لفظ الأصل أو الدليل.

ومصادر القواعد الشرعية لا تعني سوى مصادر الفقه الإسلامي لأن قواعد الشريعة الإسلامية تعني في الأصل وحي الله تعالى إلى رسوله. ومصدر الشريعة القرآن والسنة وقد أباحت الإجتهاد في ضوء النصوص الواردة في القرآن والسنة، واعتبر ما سُنّ في حدود هذه المبادئ جزءاً من الشريعة، وبذلك يكون الفقه قد استمد أحكامه من الشريعة سواء كان بطريق مباشر أو غير مباشر.

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن المصادر الفقهية المتفق عليها تتضمن الكتاب والسنة والاجماع، أما المختلف عليها فهي القياس والاستحسان والمصالح المرسلة. وذهب فريق آخر للقول بأن المصادر الفقهية أربعة وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وأضاف اليها فريق آخر المصالح المرسلة. والمذهب الجعفري يقرر بأن المصادر الفقهية هي الكتاب والسنة والإجماع والعقل ولم يأخذ بالقياس.

وبذلك تعتبر المصادر الأساسية للفقه الإسلامي هي الكتاب والسنة والإجماع ثم القياس عند أهل السنة والعقل عند أهل الشيعة.

أما المصادر التبعية فهي متعددة وأهمها الإستحسان والمصالح المرسلة والعرف[1].

ومصادر الأحكام الشرعية قد ترجع إلى النقل كالكتاب والسنة، وقد ترجع إلى العقل كالقياس والإستحسان، والمصالح المرسلة. ومع ذلك فإن النقل والرأي يتداخلان، لأن الاستدلال بالمنقولات لا بدّ فيه من النظر بالعقل أو الرأي، كما أن الرأي لا يعتدّ به شرعاً إلا إذا استند إلى النقل[2].

من جهة أخرى، يمكن تقسيم المصادر إلى مصادر أصلية ومصادر تبعية، فالمصادر الأصلية لا تتوقف دلالتها على الأحكام على دليل آخر، وتنحصر في الكتاب والسنة. أما المصادر التبعية فهي التي تتوقف دلالتها واعتبارها على أدلة أخرى[3]، وتشمل المصادر الاجتهادية التي تنشئ الأحكام استناداً إلى نصوص الكتاب والسنة.

وسنتبع هذا التقسيم الأخير متناولين في هذا الباب دراسة المصادر الأصلية والمصادر التبعية ضمن ثلاثة فصول على النحو الآتي:

الفصل الأول: نخصصه لدراسة المصادر الأصلية للتشريع الاسلامي.

الفصل الثاني: يتضمن دراسة المصادر التبعية للتشريع الاسلامي.

---

(1) يضيف اليها بعض العلماء سد الذرائع، وقول الصحابي، وشرع ما قبلنا والإستصحاب. وهذه المصادر محل خلاف بين الفقهاء.

(2) الأستاذ عبد الباقي البكري: المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ـ النجف الأشرف 1972، ص 531.

(3) الأستاذ محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعرف بالفقه الإسلامي، ص 222.

الفصل الأول

المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي

تمهيد وتقسيم

سنعتمد في دراسة المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي على أساس تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على الوجه الآتي:

المبحث الأول: القرآن.

المبحث الثاني: السنة.

المبحث الأول

القرآن

خصائص القرآن

القرآن[1] هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد بن عبد الله خاتم الأنبياء عن طريق الوحي باللفظ العربي المنقول إلينا بالتواتر والمبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس والمجموع في المصاحف.

- فالقرآن وحي من الله لفظاً ومعنى، فما ألهم الله الرسول من المعاني وعبر عنها بأحاديث من عنده لا تعد قرآناً وإنما تسمى حديثاً نبوياً.
- نزل القرآن باللفظ العربي، لذلك لا تعتبر ترجمته إلى لغة أجنبية قرآناً مهما

(1) القرآن مصدر قرأ قراءة وقرآناً مصدر على وزن (فعلان)، ويطلق على مجموع القرآن وعلى كل آية من آياته، وقد أنزل بأسماء كثيرة منها القرآن والفرقان، والكتاب، والذكر، والتنزيل.

بلغت دقتها، كذلك فإن تفسيره باللغة العربية لا يعد قرآناً ولا تصح الصلاة به.

- نقل القرآن إلينا نقلاً متواتراً[1]، بعيداً عن التحريف فجاءت نصوصه قطعية الثبوت لا شك في صحتها.
- تميّز القرآن بالإعجاز سواء كان ذلك في لفظه أو في معناه[2]. فقد جاءت عباراته متناسقة بعيدة عن الحشو والتعارض، وأما في معناه فقد عرض لما وقع في العصور الغابرة، وعن أخبار ما وقع بعد نزوله، كالآيات التي بشّرت بفتح مكة سلماً **﴿... لتدخلنّ المسجد الحرام إن شاء الله آمنين﴾** (سورة الفتح آية 27)، والآيات التي أخبرت بهزيمة الروم كما دلّ على ذلك التاريخ **﴿غلبت الروم في أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيغلبون﴾** (سورة الروم آية 2، 3). وفيما تضمنه من علوم، ومن خلق السموات والأرض، وما يتعلق بالسحاب والنجوم والكواكب والرياح، وما جاء به من تيارات فكرية وقيم إجتماعية مزج فيما بينها فأكّد على روح البأس والقوة وعلى الرفق والرحمة معلياً شأن الجماعة منصفاً حقوق الإنسان.
- أتى القرآن بنظام شامل للعقيدة الدينية، والمعاملات المدنية، فهو منبع الشريعة ومنبع أحكامها، وجاء بمعظم أحكامه على شكل قواعد كلية، وهذا ما يسّرته السنة النبوية بتفصيل بعض أحكامه، وقامت الأدلّة الشرعية الأخرى لتستنبط الأحكام من هذه القواعد الكلية.
- نزل القرآن منجماً أحياناً بالسورة الكاملة وأحياناً أخرى بالآية أو الآيتين أو الثلاث وفق ما يمليه الحكم في العقيدة والمسائل والحوادث الطارئة، وقد كان في نزوله على هذا المنوال تثبيتاً لفؤاد الرسول على الحق وعزمه في المضي بدعوته. والتيسر على الناس في حفظه وإدراك معانيه وقبول

---

(1) النقل بالتواتر يقصد به نقله عن طريق رواية الجمع الذي لا يتصور إتفاقه على الكذب.

(2) الدكتور محمد سلام مدكور: مناهج الاجتهاد في الاسلام، ص 197.

وقد وردت الآيات التي تبين تحدي الناس للإتيان بمثله فيقول تعالى: **﴿قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً﴾** (الإسراء آية 88)، ويقول تعالى: **﴿فأتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله إن كنتم صادقين فإن لم تفعلوا ولن تفعلوا فاتقوا النار التي وقودها الناس والحجارة أعدّت للكافرين﴾** (البقرة/ 23 ـ 24).

أحكامه التكليفية فيقول تعالى ﴿وينصرك الله نصراً عزيزاً﴾ (المائدة آية 67) ويقول تعالى: ﴿وكذلك لنثبت به فؤادك﴾ (الفرقان آية 32).

أحكام القرآن شاملة لشؤون الدين والدنيا

أتى القرآن الكريم ليحضّ على الإيمان بالله وعدم الإشراك به، والإيمان برسله، والتحلي بالأخلاق الفاضلة، والتعاون على البر والتقوى وعدم التعاون على الإثم والعدوان.

كذلك نظم القرآن العبادات، كالصلاة والصوم والزكاة والحج والجهاد والصدقة، وعني بمسائل الأحوال الشخصية، كمسائل الزواج والطلاق والميراث والوصية والمحرمات من النساء والعدة. كذلك تناول في باب المعاملات المالية دون التعرض للتفصيلات لأحكام البيع والاجارة والرهن والمداينة والشركة والتجارة.

أما بالنسبة للعقوبات فقد قرّرها ـ بالنسبة لبعض الجرائم كالسرقة والزنى والقذف وهي ما تعرف بالحدود، وترك عقوبات البعض الآخر لتقدير ولي الأمر وهي ما تعرف بالتعزيرات، وأشار إلى حكم إجمالي للبعض الآخر كالقتل.

وفي باب أحكام المرافعات فقد نظّم القرآن بقواعد عامة طرق اليمين والشهادة ورفع الدعوى والقضاء بالقسط والعدل، إلى جانب ما يتعلق بموارد الدولة، كالغنائم والفيء، وعلاقة الدولة برعاياها ووجوب المساواة فيما بينهم والقضاء على الفوارق الطبقية لنشر العدالة في المجتمع.

أما من ناحية الأحكام الدستورية فقد عرض القرآن لتنظيم العلاقة بين الحاكم والرعية، وحدّد علاقة الفرد بالجماعة، وأورد مبادئ عامة تتعلق بالشورى والتضامن في المسؤولية وطاعة ولي الأمر. ومن ناحية العلاقات الدولية فقد أورد القرآن الأحكام العامة التي تتعلق بعلاقة الدول الإسلامية بغيرها من الدول في حالتي الحرب والسلام، وتبادل الرسل، والتعامل بالمثل[1].

---

(1) انظر بالتفصيل: الأستاذ عباس متولي حمادة: أصول الفقه، دار النهضة العربية القاهرة 1965، ص 57 ـ 58.

الاجتهاد في موضع الأحكام العامة

إذا كان القرآن يعتبر المصدر الأصلي للتشريع بحيث تبقى الأدلة الشرعية جميعها تستند إلى أحكامه، فإن آياته أشارت في أكثر من موضع إلى اعتبار الرأي والاجتهاد كقوله تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ (النساء آية 105)، وقوله تعالى: ﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾ (الحشر آية 2).

والنصوص وردت في مسائل معينة وقد يدلّ بعضها على معان متعددة، ولا تقتصر دلالتها على ما يفهم من الكلمات والعبارات، بل أيضاً ما يفهم من الإشارات وروح المعنى وواقعية الأحكام.

فالآيات التشريعية في الغالب أتت بصورة قواعد كلية وخاصة في مسائل المعاملات المالية، والقضاء وتنظيم شؤون الدولة في الداخل والخارج والعقود المدنية وما يتعلق ببعض العقوبات وغيرها من الأمور التي تتغير بتغير البيئة، وبذلك تركت هذه الآيات لأولي الأمر أن يفصلوا في استخراج الأحكام التي تحقق مصلحة المجتمع المتطورة في حدود الأسس التي قام عليها التشريع الاسلامي.

أما في مجال العبادات والتنظيم المتعلق بشؤون الأسرة وأحكام الميراث، وتحديد بعض العقوبات بشكل لا يقبل التأويل فإن النصوص أتت لتضع الأسس الثابتة التي لا يمكن تجاوزها ولا يمكن تعديلها في أي زمان أو أي مكان.

نهج القرآن في بيان الأحكام

أورد القرآن بشكل تفصيلي أحكام العقيدة والأخلاق، أما فيما يتعلّق بالأحكام الشرعية العملية فقد فصّل بعضها كالمواريث والطلاق، وأورد البعض الأخر ضمن قواعد عامة تقديراً من الشارع الأعظم بأن هنالك تفصيلات تتفاوت بتفاوت الزمان واختلاف البيئات، وعلى ذلك ينبغي أن تتقيد هذه التفصيلات بالمبادئ العامة الكلية الواردة في القرآن.

وقد وردت الأحكام الشرعية العملية مرتبطة إرتباطاً وثيقاً بالعقيدة الدينية، ومقرونة بتذكير أنها من عند الله ويجب العمل بها وإلا كان الجزاء

عسيراً في الآخرة. **﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً﴾** (النساء - آية 10).

كذلك فإن الأحكام المتعلّقة في موضوع واحد لم ترد في موضع واحد، بل وردت في سور متفرقة دون تعارض، وهذا يشير إلى أن أحكام القرآن أينما وجدت فهي واحدة لا تتجزأ والقرآن وحدة عامة ومتكاملة.

إلى جانب ما تقدم فإن أسلوب القرآن تضمن ناحية الترغيب في إتباع بعض الأحكام، والترهيب للإقلاع عن بعض الأمور السيئة، كقوله تعالى: **﴿قاتلوا في سبيل الله﴾**. **﴿ولا تقتلوا النفس التي حرّم الله إلا بالحق﴾**. كذلك وردت بعض الأحكام وما يترتب عليها من خير في الدنيا، أو من ثواب في الآخرة. **﴿ومن يتّقِ الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب﴾** **﴿إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات كانت لهم جنات الفردوس نُزُلا﴾**. كما وردت أحكام أخرى تذكر بالعقاب في حال إرتكاب فعل معين: **﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشّرهم بعذاب أليم﴾**. فضلاً عمّا هنالك من الأفعال الكثيرة التي حرمت لعدم مشروعيتها، ووصف هذه الأفعال بالفسق أو الرجس أو عمل الشيطان، أو مؤدية إلى المعداوة والبغضاء بين الناس.

ولقد تدرّجت الأحكام العملية المتعلقة بموضوع معين سواء من حيث مشروعيتها أو الجزاء المترتب عليها وفق حاجات وتطور المجتمع الإسلامي، لذلك وردت آيات في القرآن ناسخة لحكم سابق، ولا خلاف في جواز نسخ آية بأخرى لاحقة لها سواء بالتشديد أو التخفيف[1]. مع ملاحظة أن النسخ لم يتناول سوى الأحكام التكليفية الفرعية دون الأحكام الأساسية الاعتقادية كوجوب الإيمان بالله ورسوله واليوم الآخر، كما لم يتناول الأحكام التي لها

---

(1) والنسخ هو إبطال العمل بحكم شرعي بدليل متراخ عنه يدلّ على إبطاله صراحة أو ضمناً، إبطالاً كلياً أو جزئياً لمصلحة إقتضته. أو هو إظهار دليل لاحق نسخ ضمناً العمل بدليل سابق.

ولقد أثير الخلاف حيال جواز نسخ القرآن بالسنة أو الإجماع. فرأى جمهور الفقهاء جواز نسخ آية من القرآن بالسنة المتواترة ورأى آخرون أن هذا الأمر غير جائز. ورأى جمهور الفقهاء أن نسخ القرآن بالإجماع غير جائز.

أنظر الشيخ عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، القاهرة 1970، ص 223.

صفة التأبيد كقوله تعالى بشأن المحدودين في القذف. ﴿**ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً**﴾ إذ لو قبل مثل هذا الحكم النسخ لأدى ذلك إلى تناقض في التشريع وصاحب الشرع يتنزه عن ذلك.

حجية القرآن ودلالته للأحكام

القرآن هو أصل الشريعة وأساسها وتستمد منه سائر الأدلّة الشرعية حجيّتها، ولا خلاف حول حجته على الناس أجمعين، فنصوصه قطعية الثبوت لم يشبها تحريف أو سهو. وتبعاً لانفراد اللفظ بمعنى واحد أو بأكثر من معنى فإن نصوصه قد تكون قطعية الدلالة، وقد تكون ظنية الدلالة.

أما النصوص القطعية الدلالة فهي لا تحتمل إلا معنى واحداً ولا مجال لتأويله. كقوله تعالى: ﴿**ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهنّ ولد، فإن كان لهنّ ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصى بها أو دين**﴾. وككل نص آخر محدد للأرث أو لحد معين في العقوبة حيث لا ينصرف المعنى إلى غير ما تحدد في النص.

أما النصوص الظنية الدلالة، فتعني كل لفظ يفيد أكثر من معنى واحد، أو يجيء لفظه عاماً أو مطلقاً ويحتمل اللفظ على أي من معانيه أو يحتمل تخصص عمومه وإطلاقه. فالآية الكريمة ﴿**حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير**﴾، جاءت ظنية الدلالة لأن لفظ الميتة لفظ عام يحتمل الدلالة على كل ميتة كما يحتمل تخصيص التحريم بما عدا ميتة البحر من الأسماك[1].

وقد يجيء النص قطعي الدلالة في جزء منه، وظني الدلالة في الجزء الآخر، فالآية الكريمة ﴿**فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين**﴾، دلّت دلالة قطعية على وجوب مسح الرأس في الوضوء، وجاءت ظنية في القدر الواجب مسحة من الرأس.

هذا الاختلاف في دلالة النصوص الظنية أدّى إلى اعتبار أنّ من خالف فيها لا يعتبر خارجاً عن رأي الأمة، ما دام اللفظ يحتمل معنى آخر. وكانت هذه النصوص الظنّية الدافع الأساسي لأعمال الرأي في استنباط الأحكام،

(1) الشيخ عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص 35.

فتكاثرت الإحتمالات وتعدّدت المذاهب الفقهية ونشط الفقه لممارسة دوره في مواجهة ما يستجدّ من مسائل وتعقيدات.

المبحث الثاني

السنة

تعريف السنة وأنواعها

السنة في اللغة تعني الطريقة المعتادة أو العادة المستمرة، فيقول تعالى: **﴿فلن تجد لسنة الله تبديلا﴾** ويقول الرسول عليه السلام: **﴿من سنّ سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة، ومن سنّ سنّة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة»**[1].

أما السنة عند علماء الأصول فتعني ما صدر عن الرسول من قول أو فعل أو تقرير، وبناء على ذلك فهي على ثلاثة أنواع، قولية، وفعلية، وتقريرية.

أما السنة القولية فهي الأحاديث التي قالها الرسول في الشؤون المختلفة كقوله عليه السلام: «إنما الأعمال بالنيات». «الجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة».

أما السنّة الفعلية فهي ما صدر عن الرسول من أفعال بقصد التشريع، كأداء الصلاة، ومناسك الحج، وقطعه يد السارق.

أما السنة التقريرية فهي أن يسكت الرسول عن قول أو فعل صدر في حضوره أو في غيبته وعلم به، أو يكون سكوته مقروناً بعلامات الرضا، مثلما روي عن أن أصحابه أكلوا لحم الضب فلم ينكر الرسول عليهم ذلك، وإقراره لمعاذ بن جبل بالاجتهاد في المسائل التي لا يجد فيها حكماً في الكتاب أو في السنّة[2].

طبيعة الأحكام الواردة في السنّة

جاءت أحكام السنّة بالنسبة للقرآن إما سنّة شارحة لبعض آياته، أو سنّة مؤكدة للبعض الآخر، أو سنّة ناسخة لبعض الأحكام، أو سنّة مؤسسة لقواعد لم ترد في القرآن.

---

(1) راجع: الحديث في إرشاد الفحول للشوكاني، ص 33.

(2) رواه أحمد بن حنبل في كتاب (المسند).

أما السنّة الشارحة أو المفسرة فقد تكون سنة مفسرة لمجمل القرآن، أو موضحة لمسألة من المسائل، كالأحاديث الواردة في بيان أفعال الصلاة ومقادير الزكاة، وبيان مناسك الحج. وقد تكون السنّة مخصصة لعام القرآن، كحديث الرسول «لا يرث القاتل» فإنه مخصص لعموم قوله تعالى: ﴿**يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين**﴾. وقد تكون السنّة مقيدة لمطلق القرآن، كقطع الرسول يد السارق اليمنى من الرسغ[1]، فإن ذلك اعتبر تقييداً لقوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾.

أما السنّة المؤكدة لما جاء في القرآن فهي تجعل للحكم دليلين، دليل في الكتاب ودليل في السنّة، فحديث الرسول بأنه «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه» جاء مؤكداً لقوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم**﴾. وحديث الرسول استوصوا بالنساء خيراً جاء مؤكداً وموافقاً لقوله تعالى: ﴿**وعاشروهن بالمعروف**﴾.

أما السنّة الناسخة فالرأي الغالب يجيزها، وهي في مضمونها تنسخ حكماً ورد في القرآن، كالحديث الشريف (لا وصية لوارث) فقد ورد ناسخاً الوصية للوارثين في قوله تعالى: ﴿**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف**﴾.

أما السنّة المؤسسة لحكم شرعي لم يرد في القرآن، فهي سنّة مستقلة بتشريع الأحكام وصحيحه لأن الآيات الكريمة توجب إطاعة الرسول لأنه مبيّن للناس ما أنزل إليهم، كحكم ميراث الجدّة، ووجوب صدقة الفطر، ورجم الزاني المحصّن، وبيع السلَم، وتحريم لبس الحرير على الرجال[2].

حجية السنّة

تعتبر السنّة مصدراً للأحكام الشرعية ودليلاً من أدلتها ينبغي العمل بها متى ثبتت صحتها، وقد دلّ على حجيّة السنّة الكتاب والسنة ذاتها والإجماع.

(1) ينصرف مدلول السنة في القطع عند أهل الشيعة لليد من أطراف الأصابع إلى الرسغ.

(2) أنظر بالتفصيل: بدران أبو العينين بدران: أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية 1972، ص 95 ـ 96 ـ 97.

أما الكتاب فقد وردت فيه الآيات الكثيرة التي توجب إطاعة الرسول كقوله تعالى: ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا. . . .﴾. وهنالك من الآيات اعتبرت عصيان الله والرسول ضلالاً مبيناً، كقوله تعالى: ﴿ومن يعصِ الله ورسوله فقد ضلّ ضلالاً مبيناً﴾. كما أوجبت بعض الآيات رد المتنازع فيه إلى الله ورسوله كقوله تعالى: ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول. . .﴾. ومن الآيات أيضاً ما دلّت على أن الرسول له سلطة بيان مجمل القرآن حتى يصحّ به التكليف، كقوله تعالى: ﴿وما أنزلنا عليك الكتاب إلا لتبين لهم الذي اختلفوا فيه وهدى ورحمة لقوم يؤمنون﴾.

كما وردت أحاديث كثيرة تدل على أن السنة واجبة الاتباع في أحكامها، منها ما روي عن الرسول أنه أقرّ معاذ بن جبل على اعتبار السنّة مصدراً للتشريع ويلي الكتاب مباشرة.

كذلك أجمع الصحابة على الاعتداد بالسنة والاحتجاج بها، ولم يؤثر عن أحد الخلفاء الراشدين أو الصحابة أنه عمل برأيه في موضع ورد بشأنه حديث عن الرسول، أو اقتصر على القرآن وحده في استنباط الأحكام دون السنة[1].

ومرتبة السنة بين مصادر التشريع تلي القرآن من حيث المنزلة، لأن القرآن قطعي السند بينما السنة فأغلبها ظني، إضافة إلى أن القرآن أصل التشريع ومصدره الأول الذي تستند اليه كافة الأحكام، إلى جانب ما روي عن معاذ بن جبل وإقرار الرسول لرأيه بالعمل بالكتاب أولاً وبالسنة ثانياً وبالرأي ثالثاً.

حجية السنة من حيث سندها

تنقسم السنة من حيث سندها إلى السنة المتواترة والسنة المشهورة وخبر الآحاد.

فالسنة المتواترة عبارة عن الأحاديث التي رواها جمع عن الرسول يمتنع عادة تواطؤهم على الكذب في الأزمنة الثلاثة الأولى: زمن الصحابة وزمن التابعين وزمن تابعي التابعين، وحكمها أنها تفيد علم اليقين ومن ثم يجب

---

(1) العلامة محمد تقي الحكيم: الأصول العامة للفقه المقارن، الطبعة الثالثة 1983، ص 126 ـ 127.

العمل بها في حال ثبوتها بهذه الطريقة مثل كيفية أداء الصلاة وعدد ركعاتها[1].

أما السنّة المشهورة، فهي عبارة عن الأحاديث التي نقلت عن الرسول برواية آحاد في زمن الصحابة وتواترت في زمن التابعين وتابعي التابعين، كحديث الرسول «لا يرث القاتل». وقال الحنفية بوجوب العمل بها لأنها تقيّد مطلق الكتاب وتخصص عمومه، فحديث الرسول بحرمان القاتل من الميراث خصص عام الكتاب في آيات الفرائض. أما غير الحنفية فجعلوا حكمها حكم خبر الآحاد[2].

خبر الآحاد: وهي الأحاديث المرويّة عن الرسول عن رواة لم يبلغ عددهم حد التواتر ولا حد الشهرة مهما كان عدد هؤلاء الرواة من الكثرة أو القلة. ويعتبر هذا النوع من أكثر السنّة المروية، لذلك فقد وضع علماء الأصول بعض الشروط لقبول خبر الآحاد وأهمها العدالة وعدم الكذب وعدم تناقض السنة المروية لأحاديث ثابتة لدى علماء أهل الحديث.

وقد تواتر عن الرسول أنه كان يبعث آحاد الصحابة إلى القبائل والبلاد للدعوة إلى الاسلام وتبليغ الأحكام وفصل الخصومات، كذلك فقد نقل على سبيل التواتر عن الصحابة والتابعين أنهم أخذوا بخبر الواحد وعملوا به في وقائع كثيرة منها عمل الخليفة أبي بكر بخبر المغيرة ومحمد بن مسلمة في ميراث الجدة السدس فقضى لها بذلك[3].

وقسّم الشيعة الامامية الحديث إلى متواتر وآحاد، والمتواتر ما نقله جماعة بلغوا من الكثرة حداً يمنع من إتفاقهم على الكذب ولا يثور أي شك بحجية هذا النوع من الحديث. والآحاد هو الذي لا ينتهي إلى حد التواتر وهو على أربعة أقسام صحيح وحسن وموثوق وضعيف.

فالصحيح ما كان راويه إمامياً ثبتت عدالته بالطريق الصحيح، والحسن، وهو ما كان راويه إمامياً ممدوحاً ولم ينص أحد على ذمه أو عدالته،

---

(1) الدكتور عبد الرحمن الصابوني، المدخل لعلم الفقه، ص 72.

(2) باستثناء السنّة المتواترة فقد أثير الخلاف حول حجيّة أكثرية الأحاديث، فالشيعة لا يأخذون إلا بما ورد في كتبهم، والحنفية لا يأخذون إلا بالأحاديث المشهورة، والمالكية يأخذون بخبر الآحاد بشرط أن يكون من رواه معروفاً بالصدق في حديثه وأن يكون الحديث متصلاً بسنده إلى الرسول

(3) الاستاذ حسين الأعظمي الوجيز في أصول الفقه وتاريخ التشريع، بغداد 1949، ص 26 ـ 27.

والموثوق، وهو ما كان راويه مسلماً غير شيعي، ولكنه ثقة أمين في النقل، والضعيف وهو ما كان من غير الأنواع المتقدمة[1].

فإذا تعارض خبر الآحاد مع حكم العقل ولم يكن بالامكان التوفيق اعتبرت نسبة الخبر إلى المعصوم مكذوبة، والامام هو المرجع في الحكم ولا يمكن الترجيح إلا في غيبته، وإذا عارض خبر الواحد أمراً مجمعاً عليه رفض الخبر.

والتواتر يكون فيما أثر عن النبي كذلك فيما أثر عن الامام المعصوم، لأن ما روي عن الأئمة المعصومين يعتبر حجّة بالاتفاق ويفيد العلم لا مجرد الظن[2].

أشهر المجموعات المدونة في الأحاديث

أشهر المجموعات في تدوين السنة عند مذاهب أهل السنة: مجموعة البخاري المتوفى عام 256 هـ. ومجموعة مسلم المتوفي عام 262 هـ. وتسمى هاتان المجموعتان (بالصحيحين)، ومجموعة أبي داوود المتوفى عام 277 هـ. ومجموعة الترمذي المتوفى عام 269 هـ. ومجموعة ابن ماجة المتوفى عام 273 هـ. ومجموع النسائي المتوفى عام 203 هـ. وتعرف هذه المجموعات بكتب السنن الأربعة.

أما أهل الشيعة فيسمون الأحاديث بالأخبار، ولا يعترفون إلا بالمجموعات التي رويت عن أئمتهم وأشهرها: مجموعة الكافي للكليني المتوفى عام 328 هـ. وكتاب من لا يحضره الفقيه لمحمد بن بابويه المعروف بالصدوق المتوفى عام 381 هـ. ومجموعة تهذيب الأحكام، ومجموعة الاستبصار للطوسي المتوفى عام 460 هـ. وكتاب الوسائل للحر العاملي المتوفى عام 1033 هـ ويتكون من ستّة مجلدات، ومجموعة بحار الأنوار للمجلسي المتوفى عام 1110 هـ.

---

(1) الشيخ محمد جواد مغنية: الشيعة في الميزان، ص 318.

(2) الشيخ محمد رضا المظفر، أصول الفقه، المجلد الثاني، بيروت، 1983، ص 57 و58.

الفصل الثاني

المصادر التبعية للتشريع الإسلامي

تمهيد وتقسيم

المصادر التبعية منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء، أو بين أكثرهم، كالإجماع والقياس، ومنها ما كان موضع إختلاف بين الفقهاء، كالاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع وقول الصحابي.

والمصادر التبعية كثيرة وسنقتصر على دراسة أهم هذه المصادر وفق الترتيب الآتي:

المبحث الأول: الإجماع.

المبحث الثاني: القياس.

المبحث الثالث: الإستحسان.

المبحث الرابع: المصالح المرسلة.

المبحث الخامس: العرف.

المبحث السادس: الإستصحاب.

المبحث السابع: تشريع ولي الأمر[1].

---

(1) إلى جانب هذه المصادر التبعية يضيف بعض الفقهاء مصادر أخرى كسد الذرائع وشرع ما قبلنا وقول الصحابي، وسنشير بإيجاز إلى كل من هذه المصادر:

1 ـ سد الذرائع: الذريعة تعني الوسيلة وسد الذرائع يعني منع الأفعال المؤدية إلى الفساد، فكل ما يؤدي إلى الحلال فهو حلال وكل ما يؤدي إلى الحرام فهو حرام. فالذرائع التي يترتب على فعلها مفسدة مؤكدة أو على غالب الظن أنها كذلك فإنها تعتبر محرمة كحفر بئر على طريق عام يؤدي إلى وقوع الناس فيه. أما الذرائع التي لا تؤدي إلى مفسدة إلا في حالات نادر فتعتبر مباحة، كزراعة

المبحث الأول

الإجماع

التعريف بالإجماع وأركانه

الإجماع هو إتفاق المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور وبعد

= العنب فإنها تعتبر مشروعة رغم الخوف من استخراج النبيذ منها.
وهنالك ذرائع تتردد بين النفع والضرر، وهذه الذرائع محل خلاف بين العلماء، فالمالكية والحنابلة توسعوا في منعها، بينما عمل الشافعية والحنفية على تضييق منعها، وأخذوا بالراجح من نفع أو ضرر، فإذا تساوى النفع والضرر رجحوا سد الذريعة تطبيقاً للقاعدة الفقهية القائلة بأن درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح. وأهل الشيعة يعتبرون فتح الذرائع وسدها من الأمور التي تدخل في حكم العقل ولا تعد أصلاً في مقابل بقية الأصول، فهي لا تعدو أن تكون من صغريات السنّة أو العقل.
أنظر: العلامة محمد تقي الحكيم: الأصول العامة للفقه المقارن، ص 415.

2 ـ شرع ما قبلنا: أتى القرآن بأحكام كانت موجودة في بعض الشرائع السابقة مثل الصيام لقوله تعالى: ﴿**كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم**﴾(سورة البقرة 183).
ولا شك أن هذه الأحكام تعتبر واجبة الاتباع، لأن النص جاء بشكل صريح بوجوب القيام بهذا التكليف الشرعي.
وقد ترد بعض الأحكام في القرآن ناسخة لأحكام وردت في شرائع سابقة، وليس هنالك محل خلاف بين العلماء في اتباع الأحكام الواردة في القرآن باعتبارها ناسخة للأحكام السابقة، كقول الرسول عليه السلام: «أحلت لي الغنائم ولم تحلّ لأحد من قبلي».
وقد أثير الخلاف بين العلماء بالنسبة لما ورد عن الشرائع السابقة في القرآن أو الحديث ولم يرد ما يوجب على المسلمين اتباعه في النصوص كقوله تعالى: ﴿**وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص...**﴾ (المائدة ـ 45).
فقال الحنفية وبعض المالكية وبعض الشافعية بأن الأحكام الواردة في الشرائع السابقة تعتبر واجبة الاتباع، إذا لم ترد النصوص الناسخة لها، وقال بعض العلماء من الشافعية والمذهب الحنبلي والأشاعرة والمعتزلة، بأن هذه الأحكام غير واجبة الإتباع، لأن النصوص لم توجب اتباعها وباعتبار أن الشريعة الاسلامية نسخت الشرائع السابقة.
أنظر: الشيخ عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص 94.

3 ـ **قول الصحابي**: الصحابي وفق ما يرونه علماء الأصول هو كل شخص لقي الرسول وآمن به ولازمه زمناً طويلاً حتى صار يطلق عليه اسم الصاحب.
وقول الصحابي إذا استند إلى عصر الرسول يعتبر حجة شرعية لأنه من قبيل السنّة، كذلك المسائل والوقائع التي يروي أحكامها الصحابة بناء على السماع وليس بناء على الرأي والاجتهاد.
ولقد أثير الخلاف حول قول الصحابي المبني على الرأي والاجتهاد، فاعتبره بعض الفقهاء حجة ولم يعتبره الشيعة كذلك، أما الامام أبو حنيفة فلا يرى رأي الواحد منهم حجة، فله أن يأخذ برأي من شاء منهم ولكنه لا يسوغ مخالفة آرائهم جميعاً، وظاهر كلام الشافعي أنه لا يرى الأخذ برأي واحد معين منهم حجة ويسوغ مخالفة آرائهم جميعاً.
الشيخ عبد الوهاب خلاّف: علم أصول الفقه، ص 95 ـ 96.

وفاة الرسول على حكم شرعي اجتهادي[1]. فالإجماع يجب أن يكون بين مجتهدي الأمة، فلا عبرة لآراء غير المجتهدين، ولا عبرة لاتفاق العامة، ولا عبرة لاتفاق أهل الأديان الأخرى.

والاجماع لا يكون إلا على حكم شرعي اجتهادي، كالإجماع على تأويل نص، أو تفسيره، أو تعليل حكم الأصل. أما المسائل المعلومة والثابتة بالقرآن أو السنة المتواترة، كفرض الصلاة، والزكاة، والحج، والمسائل غير الاجتهادية، كأحوال الآخرة فلا تسمى إجماعاً.

كذلك فإن الإجماع لا يتحقق إلا باتفاق جميع المجتهدين، لذلك فإن رأي الأغلبية لا يعتبر إجماعاً. ولم يشترط المالكية والشيعة إجماع كل المجتهدين، فذهب الإمام مالك إلى إجماع أهل المدينة وحدهم، واكتفى الشيعة بإجماع مجتهديهم.

ويجب أن يتحقق الاجماع في عصر من العصور بعد وفاة الرسول، ولا يشترط تحقق الإجماع في جميع العصور وإلا كان في ذلك استحالة في تحققه. ومن الواضح أن الإجماع لم يقع في عصر الرسول لأن التشريع كان مصدره الوحي وما وافق الرسول على ما اتفق عليه المسلمون اعتبر سنّة، وإن خالفهم سقط هذا الإتفاق.

أنواع الإجماع

الإجماع على نوعين، الصريح والسكوتي.

فالإجماع الصريح يعني إتفاق المجتهدين في عصر من العصور على حكم شرعي بأن يبدي كل منهم رأيه في الواقعة بقول أو فعل، وبذلك يكون الإجماع الصريح قولياً أو عملياً. ومتى تحقق هذا النوع من الإجماع سواء كان بالقول أو العمل اعتبر حجّة باتفاق العلماء.

أما الإجماع السكوتي فيعني إبداء بعض المجتهدين رأيهم في الواقعة سواء بقول أو بفعل، وركون باقي المجتهدين إلى السكوت دون موافقة أو معارضة بعد مضي فترة في عملهم بها. وهذا النوع من الإجماع مختلف في

(1) الدكتور صبحي الصالح: النظم الإسلامية، نشأتها وتطورها، بيروت 1980 ص 236.

حجيته، فقال بعض الفقهاء بحجيّته على أساس أن السكوت موافقة على ما صدر من البعض، وأنه لو كان غير ذلك لصرّح الفقهاء بوجهة نظرهم المغايرة. ومنهم من قال بعدم حجيّته لأن السكوت يحتمل الموافقة كما يحتمل الرفض، وهذا الاحتمال لا يكوّن حجّة.

سند الإجماع ومدى تحققه

يقصد بسند الإجماع الدليل الذي اعتمد عليه المجمعون، وقد يكون هذا الدليل قطعياً، وقد يكون ظنياً في رأي جمهور الفقهاء. فقد يكون مستنده الكتاب كالإجماع على حرمة نكاح الجدات وبنات الأولاد استناداً إلى الآية الكريمة: ﴿**حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم**﴾. وقد يكون مستنده من السنّة كإجماع الصحابة على توريث الجدة السدس إستناداً إلى ما روي عن الرسول بإعطائها السدس. وقد يكون سنده القياس كالاجماع على قياس حد الشرب على حد القذف[1]، وقد يكون سنده المصالح المرسلة كالإجماع على جمع القرآن في مصحف واحد.

وقد اختلف الفقهاء في إمكان تحقّق الإجماع وفق الأركان السالفة الذكر فرأى البعض بعدم إمكانية تحققه لعدم معرفة المجتهد من غيره، وتعذر إجتماع المجتهدين لتفرقهم في الأمصار، واستناده إلى دليل قطعي يغني عن الاجماع، واستناده إلى دليل ظني يظل مختلفاً لاختلاف درجات الفهم بين المجتهدين.

أما جمهور الفقهاء فيقولون بإمكانية تحقق الإجماع مستندين إلى ما أجمع عليه الصحابة. كذلك فإن الإجماع غير مستبعد عند وجود الدليل القطعي، فلا مانع من ثبوت أمر شرعي بدليلين أو أكثر، كذلك فهو غير مستبعد عند وجود دليل ظني لاحتمال اتفاق المجتهدين على رأي واضح الدلالة ولو كان ظنياً.

والراجح أن الإجماع وقع في عصر الصحابة لقلة عدد المجتهدين واجتماعهم في مكان واحد، وقد أصبح متعذراً بعد ذلك لتفرق العلماء في الأمصار وكثرة عدد المجتهدين[2].

---

(1) القذف شرعاً يعني الاتهام بالزنى وحده ثمانون جلدة فيقول تعالى: ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة**﴾ ويجمع الفقهاء على أن الحكم يثبت في المحصنين أيضاً.

(2) بدران أبو العينين بدران: أصول الفقه الإسلامي، ص 124 ـ 125.

حجية الإجماع

يرى جمهور الفقهاء أن الإجماع الصريح إذا توافرت أركانه واستند إلى دليل أصبح الحكم المجمع عليه تشريعاً واجب الإتباع، ولا يجوز للمجتهدين مخالفته في عصر تالٍ، ويستندون في ذلك إلى نصوص الكتاب التي تدل على عصمة الأمة الاسلامية من الاجتماع على الخطأ، كقوله تعالى: **﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله﴾**، أو الآيات التي تدعو إلى طاعة أولي الأمر وهم الحكام الدينيون والمجتهدون، كقوله تعالى: **﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾**.

كما يستندون إلى الأحاديث في الشريعة التي تدل على عصمة الأمة من الإجتماع على الضلالة، كحديث الرسول: «لا تجتمع أمتي على خطأ».

وأخيراً فإنه ليس من المعقول أن يجمع المجتهدون على أمر لا يستند إلى كتاب الله وسنة رسوله، ولا يعقل أن يجتمع كافة المجتهدين على رأي خطأ دون أن يتنبه أحدهم إلى ذلك، فضلاً عن أن الله تعالى حكم بخلود شريعته.

وقد أنكر الخوارج وبعض فرق المعتزلة على الإجماع الصريح حجيته، واعتبره الرازي حجة ظنية لا تفيد القطع. أما حججهم فهي أن الآيات تشير إلى رد المتنازع فيه إلى الكتاب والسنة دون الإشارة إلى الاجماع **﴿فإن تنازعتم في شيء فردّوه إلى الله والرسول﴾**، كما أن حديث معاذ بن جبل واستخلاصه لرأي الرسول لا يشير إلى الإجماع، كما أن رأي المجتهد يحتمل الخطأ كما يحتمل الصواب أيضاً. أما إذا كان المستند الشرعي للإجماع هو الكتاب أو السنة فيكون المستند وليس الاجماع هو المثبت للحكم عندئذٍ[1].

أما بالنسبة للإجماع السكوتي فقد اختلف في حجيّته. فهنالك من أنكر حجيته من الفقهاء كالمالكية والامام الشافعي، باعتبار أن السكوت يحتمل عدم الموافقة. وهنالك فئة ثانية من الفقهاء اعتبرت أن للإجماع السكوتي حجة ظنية وهم أكثر الفقهاء، باعتبار أن احتمال الموافقة هو الظاهر، ولما روي من

(1) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري: المرجع السابق، ص 579.

أحوال السلف من عدم السكوت عن قول الحق. إلا أن هذا النوع يمكن للمجتهدين إعادة الإجتهاد فيه. وهنالك فئة ثالثة تضمّ الإمام أحمد وفقهاء مذهبه وأكثر فقهاء الحنفية وبعض الشافعية، ترى أن الإجماع السكوتي له حجة قطعية، لأن سكوت المجتهد يعتبر في مقام التشريع، وإن العادة جرت أن يتولى كبار المجتهدين الفتوى ويسلم بها صغار المجتهدين، وإن الإقتصار على الإجماع الصريح يضيق من نطاقه ويجعله متعذراً في أغلب الحالات.

أما أهل الشيعة فيعتبرون الإجماع حجّة إذا كشف عن رأي المعصوم، فأهل البيت هم مركز الثقل ودخولهم في الإجماع هو الذي يبعد الأمة عن الفساد والخطأ، وقد عناهم الله بقوله: ﴿**إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيرا**﴾. ويتفق الزيدية مع الشيعة في هذا الموضوع، لأن أهل البيت ان اتفقوا على رأي لا بدّ أن يكون الامام أحدهم[1].

المبحث الثاني

القياس

تعريف القياس وأركانه

القياس في اللغة يعني التسوية بين شيئين سواء كانت حسيّة أو معنوية، أما عند علماء الأصول فيعني إلحاق أمر لا نصّ فيه بأمر آخر ورد فيه نص في الحكم الشرعي لاشتراكهما في علة الحكم. وصورته أن توجد واقعة لم يرد بشأنها نص يحكمها في الكتاب أو السنة أو الإجماع، فتلحق بواقعة أخرى مشابهة ورد بشأنها نصّ يحكمها، فيثبت حكم الحادثة المنصوص عليها للحادثة الأخرى إذا وجدت علّة الحكم فيها[2].

وبناء على ذلك تكون أركان القياس أربعة:

1 ـ الأصل أو المقيس عليه: وهو الحادثة التي ورد الحكم بشأنها. ويشترط

(1) أنظر: السيد هاشم معروف الحسني: المبادئ العامة للفقه الجعفري، ص 268.
والأستاذ محمد صادق الصدر: الإجماع في التشريع الاسلامي، منشورات عويدات، بيروت، ص 46.

(2) المستصفى للغزالي، جـ 1 ص 187 ـ 189.

في حكم الأصل أن يكون حكماً شرعياً عملياً غير منسوخ، فلا يقع القياس في المسائل الخلقية والعقائدية مثلاً. كذلك يشترط أن يكون هذا الأصل ثابتاً بالكتاب أو السنة، أو ثابتاً بالإجماع على الرأي الراجح. أما إذا كان حكم الأصل ثابتاً بالقياس فلا يجوز القياس عليه في رأي جمهور الفقهاء[1].

ومن الأمور التي يشترط توفرها في حكم الأصل هو أن يكون مبنياً على علة يستطيع العقل إدراكها، لأن هنالك من الأحكام ما يستأثر الله تعالى بعلم عللها، كالأحكام التعبدية، فلا يجوز القياس عليها كعدد الركعات في الصلاة، ومقادير الزكاة، وعدد المائة في حد الزنى. كذلك يشترط في حكم الأصل أن يكون غير مختص به، فإذا كان مختصاً به امتنعت تعديته إلى الفرع وامتنع القياس، كالأحكام التي خصّ الله بها رسوله ومنها زواجه بأكثر من أربع زوجات، وتحريم الزواج بإحدى نسائه من بعده[2].

2 ـ الفرع أو المقيس: وهو المحل الذي لم يرد نص بشأنه ويراد معرفة حكمه. ويشترط في الفرع أن لا يرد فيه نص أو إجماع يدل على حكم يخالف القياس، لأن القياس المعارض للحكم في النص أو الإجماع يعتبر باطلاً، فلا يجوز الحكم بعدم وجوب الصلاة على المسافر قياساً على عدم وجوب الصوم عليه. ويشترط أيضاً أن تكون علّة حكم الأصل متوفرة في الفرع، وأن لا يتقدم حكم الفرع في الثبوت على حكم الأصل، فلا يجوز قياس الوضوء على التيمم لأن شرعية الوضوء ثبتت قبل الهجرة، أما شرعية التيمم فظهرت بعدها. ويلزم فضلاً عن ذلك عدم وجود مانع يحول دون تعدي حكم الأصل إلى الفرع، فلا يجوز قياس الوضوء على التيمم باعتبار كليهما مطهر، فالأمر قصد منه تعذر إستعمال الماء لعدم وجوده أو للضرر من استعماله.

3 ـ العلة: وهو الوصف الذي شرع لأجله الحكم في الأصل ووجد في الفرع فسوّي بالأصل في الحكم. وأهم ما يشترط في العلة هي أن

---

(1) فلا يقاس مثلاً تحريم نبيذ التفاح على نبيذ التمر الثابت حكمه بالقياس على الخمرة، فالتحريم يكون بالقياس على الخمرة لا على نبيذ التمر.

(2) الأستاذ عباس متولي حمادة: أصول الفقه، ص 159 وما بعدها.

تكون وصفاً ظاهراً، أي يمكن التحقق من وجوده في الأصل والفرع بإحدى الحواس الظاهرة، كالإسكار هو علة تحريم الخمر، وأن يكون هذا الوصف منضبطاً أي له حقيقة معيّنة لا تختلف باختلاف الأشخاص والبيئات والحالات، فالإسكار علة تحريم الخمر، ولا يؤثر فيه عدم إسكار الخمر لبعض الناس أحياناً. ويجب أن تكون العلة وصفا مناسباً للحكم بحيث يبنى على أساس جلب منفعة أو درء مفسدة، فقتل المورث وصف مناسب لحرمان الوارث القاتل من الميراث لأن في ذلك تحقيق مصلحة للناس وهي دفع العدوان ومنع الناس من الإقدام على هذه الجريمة. ويجب أن تكون العلة وصفاً يمكن تحققه في غير الأصل لتعداه إلى الغير، فلا يصحّ تعليل حكم الخمر بكونه من عصير العنب المخمّر، وإنما يكون بالإسكار لإمكان تحقق هذا الوصف في الفرع، وأن لا تثبت العلة حكماً في الفرع يخالف النص أو الإجماع، لأنّ كل إجتهاد يخالف النص أو الإجماع يعتبر باطلاً، ومن ثم يكون القياس باطلاً. فلا يقال بعدم وجوب الصلاة على المسافر قياساً على عدم وجوب صيامه لعلة السفر، لأن وجوب الصلاة أمر ثبت بالإجماع وإن جاز قصرها. فإذا ثبتت العلة كانت مطردة عامة في كل موضع تتحقق فيه إلا أن يقوم دليل على وجوب عدم العمل، فيقال أنه ثبت على خلاف القياس[1].

4 ـ حكم الأصل: وهو الحكم الشرعي الثابت بالنص أو الإجماع في الأصل، ويراد إثباته للفرع بطريق القياس، أما الحكم الذي يثبته المجتهد في الفرع طريق القياس فلا يعدّ ركناً من أركان القياس ولا يصحّ القياس به كما سلف وذكرناه.

حجية القياس

يرى الشيعة الإمامية أنه لا حاجة لاستعمال القياس، ما دام كل إمام معصوماً، ملماً بجميع أحكام الله عن طريق الرسول، ويبيّن كل ما تدعو الحاجة إلى بيان هذه الأحكام، وان أحكام الله لا يصحّ أن يكون مرجعها

---

(1) راجع بالتفصيل: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي القاهرة 1957، ص 227 وما بعدها.

الرأي، والقياس لا يعدو أن يكون عملاً بالرأي، وقد تواتر القول عن الأئمة أن الشريعة إذا قيست محق الدين[1].

ويرى النَّظَّام ومن أيده من المعتزلة أن العقل لا يجيز القياس، لأن العقل يقضي التسوية بين الأمور المتماثلة والاختلاف بين الأمور المتباينة، فقد يسوى في الحكم بين أمور مختلفة كإيجاب قتل المرتد والزاني المحصن.

كذلك رفض ابن حزم وأصحابه من الظاهرية الأخذ بالقياس اكتفاء بنصوص الكتاب والسنة مستندين إلى قوله تعالى: **﴿وما فرّطنا في الكتاب من شيء﴾**. وقوله تعالى: **﴿إن الظن لا يغني عن الحق شيئاً﴾**.

ويأخذ جمهور الفقهاء بالقياس مستندين إلى كتاب الله والسنة والمعقول.

فقد استدلوا بالآيات الكريمة وبقوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾**. ومفاد النص وجوب رد ما لم يرد فيه حكم صريح إلى كتاب الله وسنة رسوله كي يلحق النظير بنظيره، ويلحق ما يتردد بين أصلين بأكثرهما شبهاً وهذا هو القياس[2].

كذلك استدلوا بالسنة عن طريق ما روي عن أن رجلاً سأل الرسول: «يا نبي الله إن أبي مات ولم يحجّ فهل أحجّ عنه»، فأجابه الرسول: (أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيه)، فقال الرجل نعم، فأجابه الرسول: (فدين الله أحق أن يقضى).

فالحديث الشريف يدل على قياس دين الله وهو الحج على دين العباد في وجوب القضاء.

كذلك استدلوا بآثار الصحابة ومنها مبايعة الصحابة لأبي بكر بالخلافة إذ

---

(1) وقد روي عن الامام علي قوله: «لو كان الدين يؤخذ قياساً لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره»، كما روي عن ابن مسعود قوله: «ان عملتم دينكم بالقياس أحللتم كثيراً مما حرّم الله وحرمتم كثيراً مما أحلّ لكم».
أنظر السيد هاشم معروف الحسني، تاريخ الفقه الجعفري، دار النشر للجامعيين، بيروت ص 186 ـ 191.

(2) عبد الباقي البكري: المرجع السابق، ص 604.

قاسوا الخلافة وهي إمامة المسلمين على الإمامة في الصلاة، ومنها عدول الخليفة عمر عن رأيه في عدم قتل الجماعة بالواحد، إلى رأي الإمام علي الذي قاس الاشتراك في القتل على الإشتراك في السرقة.

وأخيراً فإن القياس يؤيده العقل الصحيح والفطرة السليمة، وطالما أن النصوص والسنة متناهية ومحدودة فهي غير كافية لحكم ما يعرض على الناس من وقائع متجددة وغير متناهية، وإن الأحاديث الصادرة بشأن نفي القياس إنما تتناول القياس الفاسد الذي يتعارض مع النصوص، وإنّ الاختلاف حول مسألة القياس ليس اختلافاً يتناول العقيدة أو أصلاً من أصول الدين، وإنما يتعلّق بمسائل جزئية لا تنطوي على مفاسد بل فيها تيسير ورحمة للناس.

المبحث الثالث

الاستحسان

تعريف الاستحسان

الإستحسان في اللغة مصدر استحسن الشيء وعدّه حسناً، أما علماء الأصول فقد عرفوه بصور متعددة فأبو الحسن الكرخي من الحنفية عرفه بقوله: «أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول».

ويعرفه السرخسي بأنه العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في أشباهها إلى خلافه لوجه هو أقوى، أو هو العدول عن قياس وضحت علته إلى قياس خفيت علته أو إلى دليل آخر من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو العرف[1].

فالإستحسان باختلاف صوره وأقسامه يكون في مسألة جزئية ولو نسبياً في مقابل قاعدة كلية، فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية لكي لا يؤدي الإغراق في الأخذ بالقاعدة التي هي القياس إلى الإبتعاد عن الشرع بروحه ومعناه[2].

---

(1) المبسوط للسرخسي، جـ 10، ص 145.

(2) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص 251.

وهذا ما يفيد عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي لدليل اقتضى هذا العدول، أو يعني إستثناء مسألة جزئية في الحكم من حكم عام لدليل خاص يقتضي الاستثناء.

أنواع الإستحسان[1]

1 ـ الإستحسان بالنص

وهو ما دلّ عليه النص سواء ورد في الكتاب أو في السنة، ومن أمثلة الإستحسان بالنص إباحة أكل الميتة للمضطر عملاً بقوله تعالى: **﴿فمن إضطر غير باغ ولا عادٍ فلا إثم عليه﴾**، وهذا الأمر مستثنى من الحكم العام الوارد في الآية الكريمة: **﴿حرمت عليكم الميتة﴾**. ووجه الإستحسان هو دفع الهلاك عن المضطر.

ومن أمثلة الإستحسان بنص السنة بيع السَلَمْ، وهو بيع شيء معلوم بثمن معلوم، فهذا البيع منهي عنه بمقتضى الحديث الشريف: «لا تبع ما ليس عندك» ـ إلا أن الرسول استثناه لحاجة الناس اليه بقوله: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم».

2 ـ الإستحسان بالإجماع

وهو ما يقع بإجماع المجتهدين إستثناءً من الدليل العام للحاجة والتيسير. ومن أمثلته عقد البيع بالإستصناع، وعقد الإستصناع يعني التعاقد مع صانع على صنع شيء معدوم الوجود وقت التعاقد مع ذكر وصف الشيء أو مقداره. وقد إتفق المجتهدون على إباحته سواء دفع الثمن أم لم يدفع، أو حدّد الأجل أو لم يحدّد، وذلك تيسيراً على الناس. وهذا الحكم استثناء من القاعدة العامة المتضمّنة النهي عن بيع المعدوم.

3 ـ الإستحسان بالضرورة

يتحقق في كل مسألة يترك فيها العمل بالقياس أو الحكم العام إلى حكم آخر رعاية لمصالح الناس ورفع الحرج عنهم، ومن أمثلة ذلك جواز الغبن اليسير في المعاملات لعدم إمكان التحرّز منه، وكتطهير الآبار التي وقعت فيها

---

(1) أنظر الأستاذ عباس متولي حمادة: أصول الفقه، ص 212 وما بعدها.

أقذار بإزاحة قدر من الماء منها رفعاً للحرج عن الناس، وجواز الشهادة بالسماع عمن رأى في النسب والموت والنكاح بقصد عدم إحراج الناس إذا كلفوا بإحضار شهود عاينوا ذلك. كل ذلك إستثناء من القواعد العامة التي لا تجيز الغبن، وتقضي بإزالة النجاسة من الآبار تماماً، وتقضي بعدم جواز الشهادة إلا في شيء معلوم طبقاً للحديث الشريف: «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع».

4 ـ الإستحسان بالعرف

وهو ما كان دليله ما جرى عليه الناس في تعاملهم وفق أعرافهم. وقد يكون الإستحسان بالعرف الشرعي، كجواز وقف المنقول كالكتب وغيرها، مع أن الأصل في الوقف أن يكون مؤبداً، وبذلك لا يجوز وقف المنقول المستقل عن العقار لأنه يتسارع اليه الفساد، ولا يقبل التأبيد. وقد يكون الإستحسان بالعرف العملي، فمن ابتاع ثمراً وشرط بقاءه على الأشجار حتى يتم نضجه يصحّ إستحساناً لعادة الناس، مع أنه لا يجوز في القياس لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير، أو هو إعارة أو إجارة في بيع وقد نهى الرسول عن إجراء صفقتين في صفقة[1].

5 ـ الإستحسان بالقياس الخفي

وهو أن يكون الفرع متردداً بين أصلين في كل منهما حكم ثابت شرعاً، ويلحق بأقربهما شبهاً، ولا يدرك ذلك إلا بعد تأمل. فأمام المجتهد قياسان أحدهما جلي ضعيف الأثر، والآخر خفي قوي الأثر، وتكون العبرة في ترجيح أحد القياسين بقوة الأثر[2]. والعدول إلى القياس الخفي والقوي الأثر عن طريق التأمل لعدم وضوحه يسمى إستحساناً. والمثال على هذه الحالة ما قرره الأحناف من دخول حق المسيل والشرب والمرور في وقف الأراضي الزراعية دون حاجة لذكرها وذلك إستحساناً. فالقياس الجلي يقضي بعدم إدخالها إلا بالنص عليها كالبيع لإشتراك البيع والوقف في حكم إخراج الملك من مالكه، أما القياس الخفي فيتحقق بواسطته دخول هذه الحقوق عند الوقف

(1) بدران أبو العينين بدران: أصول الفقه الإسلامي، ص 195.

(2) المبسوط السرخسي، جـ 10، ص 145.

إستحساناً ودون النص عليها، لقياس الوقف على الإجارة بجامع أن المقصود في كل منهما الإنتفاع بالعين دون تملك الرقبة، وهذا القياس خفي لا يتبادر إلى الأفهام إلا بعد تأمل، ووجه الإستحسان أن الإنتفاع لا يتحقق إلا بدخول تلك الحقوق قياساً على الإجارة.

6 ـ الإستحسان بالمصلحة

ويعني إستثناء واقعة من حكم عام بدافع مراعاة مصالح عامة للأفراد أو مصالح خاصة بهم. ومن أمثلة ذلك تضمين الخياط أو الصانع ما عهد إليه، من قماش أو مواد إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة، وذلك حفظاً لأموال العباد مع أن الأصل أن يد كليهما أمانة ومن كانت يده كذلك لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير. ومن أمثلته أيضاً ما قال به الحنفية من عدم قطع يد السارق اليسرى إذا أقدم على السرقة للمرة الثالثة بعد قطع يده اليمنى وساقه اليمنى رعاية لمصلحة خاصة للإنسان. وقد روي عن الإمام علي قوله (إني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ورجلاً يمشي عليها)[1].

حجية الإستحسان

تتفاوت النظرة إلى الإستحسان من حيث حجيّته، فهنالك فريق من العلماء رفض الإستحسان باعتباره دليلاً شرعياً، فاعتبره الإمام الشافعي تشريعاً بالهوى وتلذذاً ورأى أن من استحسن فقد شرّع والمشرع هو الله ثم رسوله[2]. كما أنكره من الظاهرية الإمام داوود الظاهري، ورفض الأخذ به من أقطاب الحنابلة الإمام ابن قيم الجوزية لأنه ليس مجرداً من الدليل وإنما لأنه ليس في شريعة الله في شيء على خلاف القياس الصحيح[3].

وذهب فريق ثانٍ إلى القول بأن الإستحسان دليل شرعي تثبت به الأحكام وإنه مصدر مستقل من مصادر الأحكام الشرعية، وهؤلاء هم الأحناف والمالكية والحنابلة. وقد استدلوا على وجهة نظرهم بما ثبت من استقراء النصوص التشريعية من عدول الشارع في بعض الوقائع عن موجب القياس،

(1) عبد القادر البكري: المرجع السابق، ص 612 ـ 613.

(2) أنظر الرسالة للإمام الشافعي، ص 205.

(3) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية جـ 1، ص 253.

وفي بعضها عدول عن تعميم الحكم إلى حكم آخر لخصوصية اقتضت هذا العدول لجلب منفعة أو درء مفسدة.

فالله تعالى حرّم الميتة والدم ولحم الخنزير ولكنه أورد في محكم كتابه: ﴿من اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليه﴾.

كذلك رأى هذا الفريق أن الإستمرار في الأخذ بعموم الحكم واطراد القياس قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصالح الناس، فمن مقتضيات العدالة والرحمة عدول المجتهد في هذه الوقائع عن حكم القياس أو عن الحكم العام إلى حكم آخر يحقق مصلحة ويدفع المفسدة وهذا العدول يسمّى بالإستحسان.

إلى جانب ما تقدّم فإن المجتهد إذا وجد الفرع متردداً بين قياسين وألحقه بأحدهما إستحساناً لقوة أثره، فإنه بعدوله عن القياس الجلي إلى القياس الخفي يبطل القياس الجلي لأن الأقوى يسقط الأضعف.

ويذهب فريق ثالث إلى القول بأن الإستحسان دليل شرعي غير مستقل، فلا يعتبر مصدراً مستقلاً من مصادر الأحكام. ويأخذ بهذا الرأي بعض علماء الشيعة وبعض علماء السنّة المحدثين والشوكاني[1]. فيرى علماء الشيعة أنه لا يعدّ أصلاً في مقابل الكتاب والسنة ودليل العقل، وإن جاز القول به إذا كان المراد منه الأخذ بأقوى الدليلين، أي العدول عن حكم اقتضاه دليل شرعي إلى حكم آخر يقتضي هذا العدول إذا كان الدليل الثاني أقوى من الأول أو مخصصاً أو ناسخاً له، بشرط أن يكون الدليل الثاني من أدلة التشريع المعتبرة عندهم وليس من قبيل القياس أو غيره من الأدلة التي لا يجوز الاعتماد عليها في تشريع الأحكام[2].

ورغم اختلاف وجهات النظر السابقة فإن الخلاف ينصب بشكل أساسي حول إعتبار الإستحسان مصدراً مستقلاً من مصادر الأحكام أو كدليل شرعي غير مستقل، والملاحظ أن جمهور الفقهاء يعتبرونه أصلاً من أصول الفقه يلي الكتاب والسنّة والإجماع والقياس.

---

(1) إرشاد الفحول للشوكاني، ص 241.

(2) السيد هاشم معروف الحسني: المبادئ العامة للفقه الجعفري، ص 238.

المبحث الرابع

المصالح المرسلة أو الإستصلاح

تعريف المصالح المرسلة

يراد بالمصلحة في لسان الشريعة الإسلامية جلب المنفعة ودفع المضرة في حدود المحافظة على مقاصد الشريعة، ولا يكون ذلك إلا لمزاول للشرع، واقف على مراميه من شرعية الأحكام حتى يستطيع أن يتبيّن اعتبار الشرع لها وصلاحيتها لترتيب الأحكام عليها[1].

ويمكن تقسيم المصالح بحسب اعتبارها من الشارع إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المصالح المعتبرة، وهي التي شرع الشارع أحكاماً لتحقيقها ودلّ على اعتبارها، فقد شرّع القصاص لحفظ النفس، وحد الزنا لحفظ النسل، وحدّ السرقة لحفظ المال.

النوع الثاني: المصالح غير المعتبرة، وهي التي أهدرها الشارع ولم يعتدّ بها لمخالفتها نصوص الشريعة، أو المبادئ العامة المقررة فيها، كمصلحة الأنثى في مساواتها بالذكر في الميراث، فهذه المصلحة مهدورة لنص الآية الكريمة: **﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾**.

النوع الثالث: المصالح المرسلة، وهي التي لم ينص الشارع على اعتبارها أو إلغائها، ومع ذلك فهي قد تدفع ضرراً أو تجلب نفعاً، ومن تعريفاتها أيضاً بأنها المصالح التي لم يشرّع الشارع حكماً لتحقيقها ولم يَقُمْ دليل شرعي على اعتبارها، وفي اعتبارها جلب منفعة ودرء مفسدة.

وقد عرفت المصالح المرسلة بأسماء كثيرة كالإستصلاح، والاستدلال المرسل، والمصالح المطلقة، والمناسب المرسل، ولكن التسمية الغالبة لها هي المصالح المرسلة.

شروط الإعتداد بالمصالح المرسلة

وضع القائلون بحجيّة المصالح المرسلة وفي مقدمتهم المالكية شروطاً

(1) الأستاذ محمد سلام مدكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص 234.

للإعتداد بها وبناء الأحكام عليها، وتتلخص هذه الشروط بما يلي:

1 - يجب أن تكون المصلحة كلية وليست شخصية، أي مصلحة عامة وليست مصلحة خاصة.

2 - أن تكون معقولة بذاتها لا تنكرها العقول السليمة، لذلك فالمصلحة المرسلة غير معتبرة في الأحكام التعبدية وغيرها من الأمور الشرعية المحددة، لأن هذه الأحكام ثابتة لا تتغير ويدقّ على العقول إدراك عللها.

3 - أن لا تعارض مقصداً من مقاصد الشريعة كأن تتعارض مع حكم ثابت بالنص أو الإجماع.

4 - أن تكون مصلحة حقيقية وليست وهمية، أي يترتب على تشريع الحكم عليها جلب منفعة أو دفع ضرر.

5 - إشترط الإمام الغزالي أن تكون المصلحة ضرورية ترمي إلى حفظ الضرورات الخمس من دين ونفس ونسل وعقل ومال. وأن تعمّ جميع المسلمين وليس فئة منهم، وبذلك إذا كانت المصلحة حاجية أو تحسينية، أو ضرورية ظنية، أو ضرورية جزئية، لم يجز بناء الحكم عليها[1].

مراتب المصلحة المرسلة

قسّم علماء الأصول المصالح بحسب دلائل الشريعة ومقاصدها إلى مراتب ثلاث:

الأولى: المصالح الضرورية وما يكملها، ومن ذلك أصول العبادات التي ترجع إلى حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وقد أورد الإمام الغزالي أمثلة عليها كما في قضاء الشرع بقتل الكافر المضل وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته، فإن هذا يفوّت على الخلق دينهم، وكما في قضاء القصاص إذ به حفظ النفوس، وكما في قضاء إيجاب عقوبة شرب الخمر إذ به حفظ العقول، وإيجاب حد الزنى إذ به حفظ النسل والأنساب، وإيجاب زجر الغصاب

(1) المستصفى للغزالي جـ1، ص 294.

والسرّاق إذ به حفظ الأموال التي هي معاش الخلق وهم مضطرون إليها[1].

الثانية: المصالح الحاجية، وهي التي يفتقر الناس اليها من حيث يكون الأخذ بها لدفع الضرر وعدم إيقاع الناس في الضيق والمشقة كالقرض والسلم والاستجار.

الثالثة: المصالح التحسينية؛ وهي من الأمور التكميلية والأخذ بها من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول، ويجمع ذلك مكارم الأخلاق، وهي جارية في العبادات كإزالة النجاسة وفي العادات كآداب الأكل والشرب وفي المعاملات كالمنع من بيع النجاسات، فترك مثل هذه الأمور وعدم اعتبارها لا يوقع الناس في الضيق والحرج ولا يخلّ بنظام الحياة.

ويقرر الشاطبي أنه إذا حوفظ على المصالح الضرورية فينبغي المحافظة على المصالح الحاجية، وإذا حوفظ على المصالح الحاجية فينبغي المحافظة على المصالح التحسينية، وإذا ثبت أن المصالح التحسينية تخدم المصالح الحاجية وأن المصالح الحاجية تخدم المصالح الضرورية، فإن المصالح الضرورية هي المطلوبة فالمقاصد الضرورية الشريفة أصل للمصالح الحاجية والتحسينية[2].

حجية المصالح المرسلة

إختلفت آراء الفقهاء حول العمل بالمصلحة المرسلة والإستدلال بها في المعاملات التي لا نص فيها ولا إجماع، ولم يوجد لها نظير تلحق به.

فذهب رأي يتزعمه الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل إلى اعتبار المصلحة المرسلة حجة شرعية يبنى عليها تشريع الأحكام في الواقعة التي لا حكم فيها بنص أو إجماع أو قياس أو إستحسان، وإن تشريع الحكم بناء على هذه المصلحة لا يتوقف على وجود دليل الشرع باعتبارها، ففي الحالة التي لا يكون في الموضوع قياس محمول على نص، أو في حالة ما إذا كان اطراد القياس يؤدي إلى الوقوع في حرج أو ينافي مصلحة ظاهرة فتكون المصلحة

(1) المستصفى للغزالي جـ 1، ص 287 - 293.

(2) الموافقات للشاطبي: جـ 2، ص 8 وما بعدها.

عندئذٍ الدليل وحدها فيترك القياس عندها لجلب المنفعة ودرء الضرر[1].

وقد دلل هذا الرأي على وجهة نظره بما يأتي:

الأمر الأول: إعتبار أن مصالح الناس قد تتغيّر بتغير الزمان والمكان ولا سبيل إلى حصرها، وعدم اعتبار هذه المصالح يؤدي إلى خلو كثير من الوقائع من الأحكام، وفي ذلك تعطيل لمصالح الناس وتوقف للتشريع عن مسايرة تطورات الحياة وعدم تحقيق لمبادئ الشريعة وأهدافها.

الأمر الثاني: من الاطلاع على تشريعات الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين يؤكّد إستنباطهم لأحكام كثيرة عن طريق المصالح المرسلة ولم ينكر عليهم أحد هذا العمل، فكان ذلك إجماعاً منهم على أن المصالح المرسلة يعتدّ بها في تشريع الأحكام. ومن أمثلة ذلك جمع الخليفة أبو بكر صحف القرآن المتفرقة في مصحف واحد لما في ذلك مصلحة في حفظ الكتاب من الضياع. كذلك أوقف الخليفة عمر بن الخطاب تنفيذ حد السرقة في عام المجاعة، وحكم بقتل الجماعة بالواحد. كما حكم الصحابة بتضمين الصنّاع ما تحت أيديهم من متاع محافظة على أموال الناس من الضياع.

وذهب رأي آخر إلى القول بأنه لا يصحّ الاحتجاج بالمصالح المرسلة كأساس لبناء الأحكام عليها، ومن هذا الرأي الظاهرية وبعض الشافعية كالآمدي وابن الحاجب من المالكية. وقد دلّل هذا الفريق على رأيه بالحجج التالية:

إن الشارع رعى المصالح الحقيقية للناس سواء بتشريع حكم لها أو بالدلالة على اعتبارها، أما ما لم يتناوله الشارع بتشريع حكم له ولم يدل على إعتباره بوجه من الوجوه فيعتبر غير صالح لبناء تشريع عليه، ولما كان الإستصلاح مبنياً على مصلحة غير معتبرة من الشارع فلا يكون حكماً شرعياً[2].

والعمل بالمصالح المرسلة قد يؤدي إلى إفساح المجال لأهواء الحكّام

(1) الشيخ محمد أبو زهرة: الإمام مالك، ص 358 وما بعدها.

(2) الشيخ بدران أبو العينين بدران: أصول الفقه الإسلامي، ص 206 - 207.

ورجال الإفتاء للنفاذ إلى تشريع الأحكام وما يترتّب على ذلك من فساد.

إلى جانب ما تقدّم فإن الشارع ألغى بعض المصالح، واعتبر البعض الآخر، وبقيت مصالح مترددة بين الإعتبار والإلغاء وهي المصالح المرسلة والتي تحتمل أن تكون مُعتبرة أو ملغاة، ومع هذا الإحتمال لا يمكن الجزم بأنها معتبرة، ومن ثم فهي ليست صالحة لبناء الأحكام عليها.

أما علماء الشيعة فيأخذون بالمصلحة التي تدخل في الدليل العقلي، فالعقل لا يرفض أي أمر فيه مصلحة، كذلك لا يرفض مصلحة راجحة قطعاً على مفسدة، وما دام الأمر كذلك فإن كل المصالح المعتبرة تدخل في عموم سلطانه[1].

المبحث الخامس

العرف

تعريف

العرف ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرّة بعد مرة وتمكن أثره في نفوسهم وقبلته عقولهم. وعرفه الامام الغزالي بأنه: «ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، أو ما يعتاده الناس ذوو الطباع السليمة من أهل قطر إسلامي بشرط ألا يخالف نصاً شرعياً»[2]. ونظر جمهور الفقهاء إلى العرف والعادة كمترادفين في المعنى، وفرّق بعض العلماء بين العرف والعادة باعتبار أن العادة بمعنى التكرار يمكن أن تكون عادة فردية أو عادة جماعية، أما العرف فلا يصدق إلا على العادة الجماعية لأنه لا بدّ من اعتياد الأغلب أو الكل لا فرق بين العامة والعلماء المجتهدين.

ويختلف العرف عن الإجماع كون هذا الأخير لا يتحقّق إلا باتفاق جميع المجتهدين، في حين أن العرف يمكن أن يتحقّق بتوافق غالبية الناس وشذوذ البعض منهم لا ينقص من إعتباره.

---

(1) الدكتور حسن جلبي: الاتجاهات العامة في فلسفة القانون، كلية الحقوق الجامعة اللبنانية 1980 - 1981، ص 306 و307.

(2) المستصفى، للغزالي، جـ1، ص 17.

والعرف على خلاف الإجماع يتحقق من أغلب الناس سواء كانوا عامة أم من العلماء المجتهدين، بينما الإجماع لا يتحقق إلا بصدوره من العلماء المجتهدين، إلى جانب ذلك فإن العرف غير ثابت يتغيّر بتغير الظروف، أما الإجماع بعد إنعقاده فلا يتغيّر ولا يكون موضع اجتهاد.

أنواع العرف

ينقسم العرف من حيث مظهره إلى عرف قولي وعرف عملي، وينقسم من حيث شموله إلى عرف عام وعرف خاص، وينقسم من حيث مشروعيته إلى عرف صحيح وعرف فاسد.

أما العرف القولي فيعني تعارف الناس على إطلاق لفظ ما للدلالة على معنى معيّن، مثل تعارفهم على إطلاق لفظ اللحم في البيع والشراء على ما عدا السمك من اللحوم، مع أن القرآن سماه لحماً في قوله تعالى: **﴿وهو الذي سخّر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً﴾**.

وكلمة دابّة تنصرف في معناها اللغوي إلى كل ما يدبّ على الأرض وخصصها العرف العام اللغوي بذوات الأربع كالفرس والحمار، ويجري عرف أهل مصر على إطلاق هذه اللفظة على الحمار، ويجري عرف أهل العراق على إطلاق هذه اللفظة على الفرس بحيث لا يتبادر إلى الذهن عند اسماعهم إلا هذا المعنى المتعارف عليه.

ويقصد بالعرف العملي تعارف الناس على نهج معين في معاملاتهم، كتعارف الناس على تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر، وكتعارفهم على البيع بالتعاطي دون أن توجد صيغة لفظية لعقد البيع.

أما العرف العام فهو ما يتعارفه أهل البلاد عامتهم وخاصتهم في زمن من الأزمنة كتعارفهم الإستصناع. أما العرف الخاص فهو ما يتعارفه أهل بلد معين أو طائفة معيّنة من الناس، كتعارف التجّار على إثبات ديونهم بمقتضى دفاترهم بدون حاجة إلى إشهاد.

أما العرف الصحيح فهو ما تعارفه الناس وليست منه مخالفة لدليل من الأدلّة، فهو لا يبطل واجباً ولا يحلّ محرماً، كتعارف الناس على وقف بعض المنقولات كالكتب العلمية. أما العرف الفاسد فهو ما تعارفه الناس وكان

مخالفاً لأدلة الشرع وقواعدها الثابتة، كتعارف الناس على شرب الخمرة أو لعب القمار والتعامل بالعقود الربوية.

شروط إعتبار العرف[1]

يشترط لكي يعتدّ بالعرف توافر الشروط الآتية:

1 - أن يكون مطرداً في إتباعه بين الناس في معاملاتهم أو غالباً فيها، فإن اتبع في بعض المعاملات أو عدل عنه على نحو يشير إلى عدم الثبات في تطبيقه فلا يعتبر دليلاً لتعارض العمل مع الترك.

2 - أن يكون العرف قائماً عند نشوء التصرف المراد تحكيمه فيه، فلا عبرة بالعرف الطارئ بعد نشوء التصرف، فمن يعقد على إمرأة دون أن يصرّح بتأجيل أو تعجيل المهر، وحصل نزاع بين الزوجين فإنه يرجع إلى العرف الساري وقت إنشاء العقد وليس إلى أي عرف طارئ ينشأ بعد ذلك.

3 - يجب ألا يعارض العرف الشرط الصريح، فإذا كان العرف الساري يقضي بتعجيل نصف المهر وتأجيل النصف الآخر ولكن الزوجة إشترطت تعجيل المهر وقبل الزوج فإن العرف لا يحكم مثل هذه الحالة لأنه لا عبرة للدلالة مع التصريح.

4 - ألا يكون العرف معطلاً لنص أو مناقضاً لأصل من الأصول الشرعية القطعية وإلا اعتبر فاسداً، كذلك يجب ألا يكون العرف مناقضاً لأي نص تفصيلي غير قطعي، ولكنه يثبت حكماً من النظام العام، أما إذا كان ما أثبته الدليل ليس من النظام العام جاز العمل بالعرف المعارض لأن الأحكام التي تقوم على العرف تتبدل بتبدل العرف[2].

وقد يكون العرف مخالفاً للنص في وجه دون الآخر فيمكن أن يعتبر مخصصاً له ويعمل بالنص والعرف معاً كعقد الاستصناع الذي أجازه الفقهاء لتعامل الناس به استثناء من القاعدة الشرعية التي تنهى عن بيع المعدوم، فالنص بالتحريم يبقى قائماً في بيع المعدوم مع إباحته في عقد الاستصناع دون غيره.

---

(1) أنظر الأستاذ عمر عبد الله: سلم الوصول لعلم الأصول، الاسكندرية 1959، ص 321، 322.

(2) محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، القاهرة 1959، ص 182.

حجية العرف

يعتبر العرف الصحيح حجّة تبنى عليها الأحكام لأنه يستند إلى الكتاب والسنة والمصلحة. فالإسلام لم يلغ كافة التقاليد والأعراف التي كانت سائدة قبل ظهوره، فقد أبقى على النافع منها الذي يتفق مع مقاصد الشريعة ومبادئها، فأقرّ الإسلام مبدأ العصبية في الولاية والإرث، واشترط الكفاءة في الزواج، وأقرّ بعض المعاملات المالية كالشركة والإجارة وبيع السَلَمْ. وأقرّ الرسول الأعراف الصحيحة بقوله الشريف: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

ورغم أنه لا اختلاف في اعتبار العرف كدليل تبنى عليه الأحكام، إلا أن جمهور العلماء والفقهاء لا يعتبرونه دليلاً شرعياً مستقلاً. فهو قاعدة أصولية مختلف فيها تعين القاضي أو الفقيه على تطبيق الأحكام الفقهية المدونة[1]، فالحنفية يرجعونه إلى القاعدة العامة التي تقضي بأن «المشقة تجلب التيسير»، أي استنباط الحكم من هذه القاعدة تخفيفاً على الناس ورفع الحرج عنهم بمراعاة أعرافهم، ويعتبر ذلك إستحساناً بالعرف.

أما المالكية والحنابلة يعتبرونه من باب مراعاة المصلحة المرسلة وعدل الإمام الشافعي عن كثير من أحكام مذهبه عندما استقرّ في مصر إستجابة منه لأعرافها[2]. ويرى بعض الفقهاء أنّ كثيراً من الأعراف العملية ترجع حجتها إلى الاجماع السكوتي كالإستصناع، أو الإجماع الذي لا يعرف له مخالف.

أما علماء الشيعة فلا يأخذون بالعرف كمصدر مستقل للأحكام وإنما إعتمدوه لتحديد المعنى الذي يتعلق به الحكم الشرعي، فإذا قال الشارع «لا ضرر ولا ضرار»، و«إنما الأعمال بالنيات» فإنّ المرجع في تشخيص الضرر والنية وما اليها يعود إلى العرف[3].

وفي حال تعارض العرف مع النص ولم يكن التعارض كلياً أجيز للعرف عند الحنفية أن يخصص النص سواء كان عرفاً قولياً أو عملياً، كعقد

---

(1) الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 91.
والشيخ السنهوري: مذكرة تاريخ الفقه الإسلامي، ص 93.

(2) أنظر الأستاذ محمد مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، منشورات دار النهضة العربية - بيروت 1974، ص 322.

(3) العلامة محمد تقي الحكيم: الأصول العامة للفقه المقارن، ص 426.

الإستصناع فقد أجازه العلماء لجريان العرف به تخصيصاً لنهي الرسول عن بيع ما ليس عند الإنسان وترخيصه في السَلَمْ وحده.

ومعظم الفقهاء يرون تقديم العرف على القياس في حال تعارض العرف مع القياس لأن العرف هو دليل الحاجة، كذلك فإن العرف يقدّم على الإستصلاح الذي لا يستند إلى نص بل إلى مجرد مصلحة زمنية تبدّل بحسب إختلاف الأزمنة[1].

ولا خلاف بين العلماء في أنّ العرف الفاسد لا تبنى عليه الأحكام ولا يعتبر حجّة بأي وجه من الوجوه، فإذا تعارف الناس على عقد فاسد كعقد الربا فإن تعارفهم هذا لا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى إباحة هذا العقد.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن الأحكام المبنيّة على العرف قد تتغيّر بتغير الزمان والمكان، وهذا التغيّر أدى إلى اختلاف الفقهاء في المذهب الواحد، أو عدولهم عن فتاويهم السابقة، وهو ما يطلق عليه الفقهاء، بأنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان.

المبحث السادس

الاستصحاب

تعريف الاستصحاب

كلمة الإستصحاب في اللغة مشتقة من «المصاحبة» وتعني الدعوة إلى الصحبة والملازمة.

أما وفق مفهوم علماء الأصول، فإن الاستصحاب يعني الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغير تلك الحال، أو هو إستبقاء الحكم الذي ثبت بدليل في الماضي قائماً في الحال حتى يوجد دليل ينقضه[2].

فالشيء يبقى في الأصل على إباحته الأصلية حتى يقوم الدليل على

(1) الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص 249.

(2) الشيخ عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص 151.

تغييره، ويلجأ المجتهد إلى استنباط الحكم من القرآن والسنّة أو أي دليل شرعي آخر، فإذا لم يجد له أي حكم، حكم بإباحة العقد أو التصرّف. فالإستصحاب لا ينشئ حكماً جديداً إنما يستمرّ هذا الحكم الثابت في الأصل على ما كان عليه من الأباحة الأصلية أو عدم الوجود[1]. فالملك الثابت لشخص يبقى كذلك حتى يقوم الدليل على انتقاله إلى غيره، والزوجية القائمة تبقى على هذه الحالة حتى يقوم الدليل على زوالها، والذمّة المشغولة بدين معين تبقى مشغولة حتى يثبت ما يفيد الوفاء.

بعض القواعد الشرعية التي بنيت على الإستصحاب

1 ـ الأصل في الأشياء الإباحة: أي أن الشيء يبقى على إباحته الأصلية عند عدم وجود الدليل على خلافه، فكل تصرف أو عقد أو طعام أو شراب لم يرد في الشرع ما يحرّمه يحكم بإباحته، لأنّ الله تعالى خلق ما في الأرض لينتفع به الإنسان، ولا يتحقق هذا الإنتفاع إلا إذا كان الأصل في الإباحة[2].

2 ـ الأصل براءة الذمة: وهذا يعني أن الأصل هو براءة ذمة الإنسان من التكاليف الشرعية والحقوق المالية حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، فعلى من يدّعي على الغير بدَيْنٍ معين أن يثبت هذا الدين، لأن الأصل في الإنسان براءة ذمته حتى يثبت خلاف ذلك.

3 ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره: فالملكية تبقى ثابتة للإنسان حتى يقوم الدليل على زوالها لسبب من الأسباب.

4 ـ ما ثبت باليقين لا يزول بالشك: فالشيء الثابت بطريق اليقين لا يزول عن

---

(1) الدكتور عبد الرحمن الصابوني: المدخل لعلم الفقه، ص 135.

(2) ذكر الغزالي أن الاستصحاب يطلق بأربعة اطلاقات: استصحاب البراءة الأصلية، فنحن نستصحب تلك البراءة حتى يرد التكليف من الرسول، واستصحاب العموم إلى أن يرد دليل يدل على التخصيص، واستصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه كالملك إذا وجد العقد الذي يقتضيه، واستصحاب الاجماع في محل الخلافة، كمن يتيمم لفقد الماء، ثم رأى الماء أثناء صلاته فأتمها على سبيل الاستصحاب. واعترف الغزالي بالإستصحاب في الإطلاقات الثلاثة الأولى دون استصحاب الاجماع في محل الخلاف.
أنظر المستصفى للغزالي جـ 1 ص 17ف، 218.

طريق الشك، فمن توضأ ثم شكّ في انتقاض وضوئه، بقي على وضوئه استصحاباً لأن الأمر ثبت على وجه اليقين فلا يزول الشك.

مدى إعتباره

يأخذ أهل الشيعة بالاستصحاب باعتباره من الظواهر الاجتماعية العامة التي نشأت مع المجتمعات واستمرت معها ضمانة لحفظ نظامها واستقامتها، واستعانوا به لحكم ما لم يرد نص من الشارع عليه[1].

كذلك أخذ به الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، وقد قالوا ببقاء الحكم الذي ثبت في الماضي على حاله ما لم يقم الدليل على ما يغيره، فالفطرة تقضي باعتبار ما كان على ما كان حتى يطرأ ما يغيره، ومن هنا جاءت القواعد التي تقدم ذكرها، كذلك أخذ به أكثر الشافعية.

ورأى بعض الحنفية وبعض الشافعية وبعض المالكية أن الإستصحاب لا يحتج به كدليل على بقاء ما كان على ما كان، إنما ينبغي قيام الدليل على بقاء الحكم الثابت في الماضي، فلا يصلح حجّة لدفع ما يخالف الأمر الثابت بالإستصحاب، كذلك لا يصلح حجّة على إثبات أمرٍ جديد لم يقم دليل على ثبوته، وقد اعتبره بعض الحنفية حجة للدفع لا للإثبات.

وترتّب على الخلاف السابق وجود اجتهادات مختلفة في مسائل الفروع وخاصة فيما يتعلق بالمفقود، فمن قال بحجيّة الاستصحاب، استصحب حياة المفقود في الدفع وفي الإثبات فلا تزول عنه حقوقه الثابتة، ويكتسب الحقوق كذلك بعد فقدها كحقه في الإرث من قريبه المتوفى، فهو يعتبر بمثابة الانسان الحي.

ومن أنكر حجية الإستصحاب رأى عدم ميراث وتوريث المفقود.

أما من رأى أنه حجّة في الدفع كبعض الحنفية، حكم بحياة المفقود فلا تنفذ وصيّته ولا تحل ديونه، ولكنّه لا يحكم بتوريثه من غيره، لأن الإرث من باب الإثبات وحياة المفقود غير ثابتة على وجه اليقين، فلا يكتسب أي حق جديد لم يكن ثابتاً للمفقود وقت فقده[2].

---

(1) أنظر بالتفصيل: العلامة محمد تقي الحكيم: الأصول العامة للفقه المقارن، ص 455 وما بعدها.

(2) عبد الباقي البكري: المرجع السابق، ص 648.

ومن الملاحظ أن الذين أخذوا بالإستصحاب هم في الأساس نفاة القياس كالجعفرية والظاهرية ثم الحنابلة الذين ضيقوا في الأخذ به، وقد وجد الأحناف في الإستحسان، كذلك وجد المالكية في المصالح المرسلة ما أغناهم عن التوسع في الأخذ بالإستصحاب كذلك فإنه من الملاحظ أن الأخذ بالاستصحاب لم يكن يلجأ إليه إلا إذا تعذر إستنباط الحكم من الأدلة الشرعية الأخرى، ولهذا قال علماء الأصول عنه بأنه آخر مدار الفتوى.

والقول بالإستصحاب جائز لأنّ العرف الذي جرى عليه الناس منذ القديم يجيز للناس إذا تحققوا من وجود أمر في الماضي غلب على ظنهم بقاؤه أن يأخذوا به طالما أنه لم يلغ أو يحرّم، لأن المصلحة تقضي باعتبار ما هو موجود حتى يثبت وجود ما يطرأ على تغييره أو تعديله[1].

المبحث السابع

تشريع ولي الأمر

المقصود بتشريع ولي الأمر

يقصد بتشريع ولي الأمر الأحكام التي يضعها مدبّر شؤون الأمة في سبيل إدارة مصالحها وتوفير حاجاتها وتحقيق استقرارها وازدهارها، وقد عرفه علماء الأصول بأنه «ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي»[2].

وقد نعى ابن قيم الجوزية على الذين يضيّقون نطاق قوانين السياسة الشرعية، لأنّ هذا الأمر لا يؤدي إلى تحقيق أهداف التشريع الاسلامي لما فيه مصلحة العباد ومعرفة الحق، وبذلك اعتبر أن هذا الأمر يشوبه التقصير في معرفة الشريعة ومعرفة الواقع. كذلك أنحى باللائمة على أولئك الذين أسرفوا في الأخذ بهذه القوانين فوضعت الأحكام التي تنافي أحكام الله ورسوله[3].

كذلك فإن ابن خلدون المتوفى عام 808 هـ استعمل تعبير القوانين

(1) الدكتور محمد سلام مدكور، مناهج الاجتهاد في الاسلام، ص 311.
(2) الشيخ عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع.... ص 152 وما بعدها.
(3) ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص 13 ـ 14.

السياسية في دور تشريع ولي الأمر وضرورته لاستمرار المجتمعات واستقرارها وعمرانها ويقول في مقدمته: «إن مقتضى الملك التغلب والقهر وحمل الناس على الطاعة تجنباً للفوضى، فوجب أن يرجع في ذلك إلى القوانين، سياسة مفروضة يسلم بها الكافة وينقادون إلى أحكامها. فإذا خلت الدولة من مثل هذه السياسة لم يستتب أمرها... فإذا كانت هذه القوانين مفروضة من العقلاء وأكابر الدولة وبصائرها كانت سياسة عقلية، وإذا كانت مفروضة من الله بشارع يقرّرها ويشرّعها كانت سياسة دينية نافعة في الحياة الدنيا وفي الآخرة»[1].

ثم تحدّث ابن خلدون عن وظائف ولي الأمر فقال بأن «حقيقة الخلافة نيابة عن صاحب الشرع في حفظ الدين وسياسة الدنيا...»[2] أما في الدنيا فبمقتضى التكاليف الشرعية التي هو مأمور بتبليغها وحمل الناس عليها، وأما سياسة الدنيا فبمقتضى رعايته لمصالحهم في العمران البشري.... إن الملك وسطوته كاف في حصول هذه المصالح... وإنما تكون أكمل إذا كانت بالأحكام الشرعية لأنه أعلم بهذه المصالح. فقد صار الملك يندرج تحت الخلافة إذا كان إسلامياً ويكون من توابعها»[3].

حجية تشريع أولي الأمر

تناولت أحكام التشريع الاسلامي المبادئ الخلقية والدينية، كذلك تناولت المبادئ العملية لتنظيم علاقات المجتمع الانساني. وفي مجال تنظيم علاقة الأمة بالخليفة فلقد وردت الآيات التي توجب إقامة العدل بين الناس من قبل خليفة أو إمام يتولى إدارة شؤونها وفق نصوص القرآن وأحاديث الرسول. **﴿أفحكم الجاهلية يبغون، ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون﴾** (سورة المائدة 50) **﴿إنّا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾** (سورة النساء ـ 105).

---

(1) عن مقدمة ابن خلدون المطبعة الأدبية بيروت 1879، ص 165 ـ 166.

(2) وقد قال الخليفة أبو بكر في خطاب مبايعته: «أيها الناس قد وليت عليكم ولست بخيركم فإن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني... والضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ له بحقه، والقوي فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه إن شاء الله.... أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم».

(3) عن مقدمة ابن خلدون، ص 190.

من جهة أخرى فقد تواتر إجماع المسلمين في الصدر الأول بعد وفاة الرسول على تعيين خليفة أو إمام يتولى قيادة الأمة وتوجيه أمورها. وإذا قام الإمام بما عرفناه من حقوق الأمة، فقد أدى حق الله فيما لهم وعليهم وحينئذٍ يجب له عليهم حقّان: الطاعة والنصرة، ما لم يتغيّر حاله بما خرج به عن الإمامة[1].

ويقول تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ (سورة النساء/ 59). فهذه الآية حسب رأي الفقهاء تشير إلى أن الولاة والأمراء وعلى رأسهم رئيس الأمة الأعلى من أولي الأمر الذين أوجب الله على المسلمين طاعة ما يضعون من تشريعات ونصرتهم في ذلك[2].

ثم إنه ما روي عن الرسول بأنه أوصى بالطاعة بالنسبة للمرء المسلم إذا لم يكن من شأن هذه الطاعة أن تؤدي إلى معصية، فيقول ﷺ: «على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة».

ومن الناحية العملية فإن استقرار الرسول وأصحابه في المدينة، ثم توليه لأمور الدولة الاسلامية وخضوع الناس له على اختلاف أحوالهم وأعراقهم وألوانهم أوجد المفهوم الحديث لقيام الدولة على أسس وقواعد واضحة بقيادة الرسول الكريم. وبعد وفاة الرسول أصبح لمن يتولى قيادة المسلمين سلطة في إلزام الناس بالتشريعات والقوانين التي لا تتناقض مع نصوص وأهداف التشريع الاسلامي، والتي فيها مصلحة للأمة وازدهارها.

ونتيجة لذلك فقد نشأت عبر العصور المتعاقبة الإدارات المختلفة، كذلك استحدثت نظم جديدة لتنظيم الضرائب وجبايتها[3]، لم تكن موجودة من قبل، وامتدت سلطة ولي الأمر إلى ميادين واسعة وفق تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية فشملت الجرائم والعقوبات، حيث بدأ منذ عهد الخلفاء الراشدين تطبيق العقوبات الملائمة من أجل نهي الناس عن الشر والمنكر وحملهم على اتباع طريق الخير والصلاح.

---

(1) الأحكام السلطانية للماوردي، ص 16.

(2) أنظر الدكتور حسن جلبي: الاتجاهات العامة في في فلسفة القانون، ص 127 و328.

(3) الدكتور حسن ابراهيم حسن: تاريخ الاسلام، جـ 1، ص 461 وما بعدها.

حدود سلطات ولي الأمر في مجال العقوبات

العقوبات المعيّنة في الشريعة الإسلامية نوعاً ومقداراً سواء كانت من قبيل القصاص أو الحدود[1]، تلزم ولي الأمر والأمة في تطبيقها ولا يجوز إستبدالها أو تعديل مقدارها بالزيادة أو النقصان، كما أن مثل هذه العقوبات لا تقبل العفو أو الإسقاط ما دامت وصلت إلى ولي الأمر، ولا عبرة لشخصية المجرم مع الأخذ بعين الاعتبار أن العفو عنه يسقط القصاص ويجب التعزير حقاً لله، كما أن هذه العقوبات خاصة بالمكلفين أما غير المكلف فلا يقام عليه الحد ولا يقتص منه، ولكنه يمكن أن يعزّر في حال ارتكابه جريمة.

أما عقوبة التعزير فهي العقوبة التي لم يرد بشأنها نص يحدد مقدارها أو نوعها ولولي الأمر أن يختار العقوبة الملائمة بالنسبة للجريمة والمجرم بما يحقق مصلحة الجماعة المشروعة والعدالة الاجتماعية، وهذه هي المبادئ التي تحكم ولي الأمر في تقدير حكمه الاجتهادي. وفي ذلك يقول ابن تيمية: «إن مقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها تتغير بحسب اقتضاء المصلحة لها زماناً أو مكاناً أو حالاً، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة بمراعاته كثرة الذنب في الناس وقلته، وبحسب كبر الذنب وصغره، وبحسب حال المذنب، فإذا كان من المدمنين على الفجور زيد في عقوبته وبخلاف المقلّ من ذلك»[2].

(1) عقوبة القصاص تجب حقاً للعبد أما عقوبة الحدود فتجب حقاً لله، وتتناول جرائم القصاص الاعتداء على حياة الانسان وسلامة جسمه، أما جرائم الحدود فتتناول الزنى - القذف - السرقة - الحرابة - الردة - البغي، وليس للمجني عليه في جرائم الحدود حق العفو عن الجاني إذا وصل أمره إلى القضاء
أنظر بالتفصيل الدكتور علي أحمد مرعي: القصاص والحدود في الفقه الإسلامي، بيروت 1982، ص 56 وما بعدها.

(2) السياسة الشرعية: لابن تيمية، ص 62.

القسم الثالث

النظم القانونية والاجتماعية

تمهيد

تكتسب دراسة أحكام بعض النظم القانونية والاجتماعية عند الرومان وفي التشريع الاسلامي أهمية خاصة، نظراً للدور البارز الذي قامت به في مجال تطوير الفكر القانوني والاجتماعي في مراحله التاريخية المختلفة.

ولا يتسع مجال الدراسة لشرح وتحليل كافة هذه النظم، وإنما سيقتصر البحث على بعض منها، كنظام الاسرة، ونظام الرق، ونظام التعاقد، ونظام العقوبات، ونظام الدعاوى، هذا مع الاشارة إلى أننا تطرقنا إلى دراسته بعض النظم الاساسية الأخرى من خلال بحثنا لنشأة القوانين وتطورها عبر العصور المتعاقبة.

وسنفصل أحكام أهم هذه النظم بصورة مقارنة قدر الامكان في الأبواب التالية:

الباب الأول

نظام الأسرة

أولاً: عند الرومان

نشأة السلطة الأبوية وتطورها:

نشأت السلطة الأبوية في البداية كإمتياز لرب الأسرة، وكانت هذه السلطة مطلقة من حيث مدتها، أو من حيث نطاقها ومداها.

أما من حيث مدتها فإن هذه السلطة تدوم ما دام رب الأسرة حياً ويتمتع بالشخصية القانونية، وطالما أن الولد لم يخرج من الأسرة بالتبنّي أو بالتحرير، أو لم تخرج البنت بالزواج بالسيادة، وكانت سلطة رب الأسرة تبقى حتى ولو تزوج الولد وأصبح أباً[1].

أما من حيث مداها فقد كانت هذه السلطة تمتد إلى أبناء الأسرة وفروعهم سواء فيما يتعلق بأشخاصهم، أو ما يكسبون من أموال. أما فيما يتعلق بأشخاصهم فقد كان رب الأسرة هو الحاكم الأعلى وله على أبنائه حق الحياة والموت، وحق بيعهم كعقاب لهم، أو حق استردادهم عندما يستولي الغير عليهم، ولا يتزوجون إلا بموافقته، وتخضع نساء أولاده لسلطته عند الزواج بالسيادة.

أما بالنسبة للأموال فقد كان لرب الأسرة حرية التصرف بها حال حياته، أو بعد موته عن طريق الوصية. وكان ما يكسبه الابن من حقوق يعود إلى رب الأسرة على خلاف ما كان يترتب عليه من التزامات، وكان يستثنى من هذه

---

(1) L.B. Curzon at Roman law. p.11

الحالة الأخيرة حصول ضرر من الابن نتيجة ارتكابه جريمة، فكان لرب الأسرة إما أن يسلّم الولد إلى المجني عليه، أو أن يدفع الغرامة المقرّرة للمتضرر.
وفي مرحلة لاحقة أجيز للابن إلزام أبيه بما كان يترتب عليه من التزامات إذا أذن هذا الأخير لابنه بإدارة تجارة برية أو بحرية أو مباشرة تصرف معين.

وكان للأفكار الفلسفية التي تأثر بها المجتمع الروماني إثر فتوحات الدولة الرومانية واتساعها أثره الواضح على تقلص السلطة الأبوية، فقد شهد أواخر العصر الجمهوري النشاط التجاري الواسع بين روما والمدن المجاورة نتيجة للفتوحات الرومانية الكبيرة، وقد أدّى هذا الاتصال إلى ممارسة أبناء الأسر للنشاط التجاري مستقلين عن أرباب الأسر، وبذلك بدأ يعترف لهم ببعض الحقوق إلى جانب تحملهم ببعض الإلتزامات التي يتحملها أيضاً رب الأسرة[1].

فمن حيث الأشخاص فقد قيّدت سلطة رب الأسرة، وحرّم عليه نبذ مولوده أو بيعه إلا في حالة الضرورة القصوى وعدم القدرة على الإنفاق عليه، وحرم أيضاً من إعدام الابن كعقوبة على ما يرتكبه من جرائم واقتصر حقه على تأديبه، كما حرّم عليه تزويج الأولاد بدون رضاهم. وأصبح للأبناء حق التظلم إلى الحاكم القضائي من سوء معاملة رب الأسرة لهم.

أما من حيث الأموال فلم يعد لرب الأسرة الحق في حرمان الورثة من الميراث بدون وجه حق، كما أصبح ملزماً بترك جزء من التركة للورثة وتحدد ذلك بالربع.

ومنذ عهد الامبراطورية إعترف للإبن بذمة مالية مستقلة وأصبح يلتزم بعقوده إلتزاماً «مدنياً»، كما أصبح أهلاً لتملك بعض الأموال عن غير طريق رب الأسرة.

وقد قيّدت هذه الأهلية في وقت لاحق حيث حرّم على الإبن عقد القروض ما لم يوافق والده، أو ما لم تكن له حوزة. وكان الهدف من وراء ذلك منع المرابين من استغلال الشبّان ومنع الابناء من الإسراف وإحراج آبائهم.

اكتساب السلطة الأبوية من زواج شرعي:

يكتسب الأب السلطة الأبوية على الأولاد المولودين من زواج شرعي،

---

(1) R. Monier: Manuel élémentaire de droit Romain t 1 (1947) pp. 256- 257.

سواء أكان الزواج بالسيادة أو بدونها، وكان يتوقف دخول المولود في الأسرة على قبول رئيس الأسرة، فقد كان للأب في بعض الأحيان أن يرفض دخول الولد في الأسرة وخاصة إذا كانت الأم مطلقة.

وكان الأمر السابق يفترض إثبات ميلاد الأم للمولد وهذا أمر سهل، كذلك إثبات أن الولد للأب دون سواه وهذا أمر غير ميسور، لذلك فقد كان يستدلّ به على أساس الولادة التي تتم بين فترة ستة أشهر وعشرة أشهر، وقد اعتبر أن الولد الذي يولد قبل ستة أشهر من بدء الزوجية أو بعد عشرة أشهر من إنقضائها ليس ثمرة هذا الزواج.

التبنّي[1]

يقصد به خلق أبوة صناعية يترتّب عليها الآثار التي تترتب على العلاقة بين الولد وأبيه من زواج شرعي. والتبنّي قد يكون لشخص مستقل بحقوقه، أو لشخص خاضع لسلطة غيره.

تبنّي الشخص المستقل بحقوقه Adrogatio

كان يقضي بدخول رب أسرة في عائلة رب أسرة آخر باعتباره ابناً له، ويدخل معه كل التابعين لسلطته منذ البداية. ونظراً لخطورة هذه الحالة فإن القانون القديم إستلزم إجراء هذا التبني أمام رجال الدين لما كان يترتب عليه من تغيير في العقيدة الدينية، كذلك كان يجري أمام مجالس الشعب لما كان يترتب عليه من تغيير في بنية الأسرة والمجتمع.

وأصبح هذا التبني في نهاية العصر الجمهوري يتمّ بموافقة رجال الدين أمام ثلاثين شخصاً يمثلون الوحدات الثلاثين التي تتكوّن منها المجالس الشعبية. وانتهى الأمر في عهد دقلديانوس أن أصبح التبني يتم بأمر الامبراطور باعتباره صاحب السلطة التشريعية والدينية في الدولة، كما أصبح التبنّي جائزاً بالنسبة للقصر والنساء والعامة في جميع الولايات الرومانية.

شروط تبني الشخص المستقل بحقوقه

يشترط في المتبنّي أن يكون أهلاً لاكتساب السلطة الأبوية، ولهذا لم

(1) Paul Girard: Manuel élémentaire de droit romain, (Paris 1901) p. 167 et s.

يكن يسمح للمرأة بالتبني ولو كانت مستقلة بحقوقها، ورغم ذلك فقد أجيز لها في عصر الامبراطورية السفلى أن تتبنّى شخصاً مستقلاً بحقوقه بقصد إيجاد صلات قرابة فقط دون أن يكون لها عليه سلطة، لأن السلطة الأبوية لا تثبت إلا للذكور وبشرط أن تكون قد فقدت أولادها.

كما يشترط في المتبنّي أن يكون أكبر سناً ممن يراد تبنيه[1]، وأن يكون قد جاوز الستين من عمره، أو أن يكون في حالة مرض شديد وليس له أولاد ذكور.

أما بالنسبة لمن يراد تبنيه فيجب أن يكون بالغاً وأن يوافق على هذا الأمر، ومع ذلك فقد سمح بتبني القصر في العصر الامبراطوري بشرط موافقة الوصي، وموافقة القاصر بعد البلوغ، وإلا كان لهذا الأخير أن يطلب تحريره إذا كان التبني في غير مصلحته.

آثاره

يترتّب على من يراد تبنيه الدخول في أسرة المتبنّي ويخضع لرب الأسرة الجديد كما لو كان ابناً له، ويعتنق ديانته ويحمل اسمه، كذلك يصبح أولاده وزوجته خاضعين له.

كذلك تنقطع صلة من تمّ تبنيه بأقاربه الأصليين فتزول رابطة العصابات بينه وبينهم، كما تزول صلته بعشيرته الأولى.

أما بالنسبة للأموال فإنها كانت تنتقل بقوة القانون إلى رب الأسرة الجديد رغم أن هذا الأخير لم يكن يتحمّل التزامات من تبنّاه، وإن كان يلتزم بما يترتّب على جرائمه من ضرر للغير.

وعندما أجيز تبنّي القاصر وضعت الأحكام التي تهدف إلى حماية مصلحته ومصالح ورثته الطبيعيين، فكان على المتبنّي أن يرد مال القاصر في حال وفاة القاصر قبل البلوغ إلى ورثته، أو إلى القاصر في حال تحريره.

تبنّي الخاضع لسلطة غيره Adoptio

ويقضي هذا النوع من التبني بانتقال الشخص الخاضع لسلطة غيره من

(1) حدد الامبراطور جستنيان الفرق بـ 18 سنة على الأقل.

أسرته الأصلية إلى أسرة أخرى، وقد يكون هذا التبني بالنسبة للذكر والأنثى. ويختلف عن التبنّي السابق في أنه لا يقضي بزوال أسرة في كنف أسرة أخرى، ولذلك لم يكن يتم هذا الأمر أمام رجال الدين أو بموافقة مجلس الشعب وإن كان يلزم أن يتم أمام هيئة رسمية ووفق إجراءات شكلية معينة.

كان هذا النوع من التبنّي يتمّ بمقتضى السلطة الادارية للحاكم القضائي وعلى مرحلتين، بحيث يقتضي في المرحلة الأولى إخراج المراد تبنيه من السلطة الأبوية لرب الأسرة، وفي المرحلة الثانية إدخال المراد تبنيه تحت سلطة رب الأسرة الجديدة.

وقد أُلغيت الإجراءات المعقدة السابقة وأصبح يكتفي في عهد جستنيان بأن يصدر إقرار من الأب الأصلي والأب بالتبني أمام الحاكم القضائي ويدوّن ذلك في وثيقة بموافقة المراد تبنيه.

شروطه

كان يشترط لصحة التبني موافقة الأبوين، واستلزم في عهد جستنيان موافقة الولد كذلك. وكان يلزم في المتبني أن يكون أهلاً لاكتساب السلطة الأبوية، وقد سمح في العصر الامبراطوري للمرأة أن تتبنّى تعويضاً لها عما فقدته من أولاد. كذلك كان يجب أن يكون المتبني أكبر سناً من الشخص المراد تبنيه.

وخلافاً للتبني السابق فلم يكن يلزم أن يبلغ المتبنّي سناً معينة، ولا أن يكون عديم الأولاد فيصحّ للأعزب أن يتبنّى. أما بالنسبة للمراد تبنيه فلا يلزم أن يكون بالغاً، أو أن يكون ذكراً.

آثاره

يقتصر هذا النوع من التبني على انتقال من يراد تبنيه إلى رب الأسرة الجديد دون زوجته أو أولاده. وبناء على ذلك ينتقل الشخص إلى الأسرة الجديدة كما لو كان قد ولد من زواج شرعي، فيعتنق ديانة الأسرة ويحمل اسم رئيسها وتكون له الحقوق المترتبة على القرابة وأهمها الميراث. كذلك يفقد صلته بأسرته الأصلية ويصبح غريباً عنها، وكان هذا الأمر يؤدي إلى حرمان من الميراث في الأسرتين إذا تمّ تحريره من أسرته الجديدة، لذلك فقد تدخّل البريتور وجعل له حق الإرث من الأب الأصلي.

أما من الناحية المالية فلم يكن يترتب أي أثر، كون غير المستقل بحقوقه لا أموال له.

تصحيح النسب أو منح البنوة الشرعية Legitimation

وهو نظام يمكن بمقتضاه إعطاء الصفة الشرعية لأولاد ولدوا خارج العلاقة الزوجية وإدخالهم في سلطة واللحم الطبيعي وفي أسرته الشرعية كما لو كانوا ولدوا من زواج شرعي. وظهر هذا النظام في عصر الامبراطورية السفلى وتحت تأثير الديانة المسيحية. ولم يطبّق إلا بالنسبة للأولاد الطبيعيين الذين ولدوا من المعاشرة وهي علاقة دائمة لا تصل إلى الزواج.

طرق تصحيح النسب

تمنح البنوّة الشرعية بالطرق الآتية:

1 ـ بالزواج اللاحق: Mariage subsequent

ويتمّ بين الرجل وخليلته، وقد تقرّرت هذه القاعدة تحت تأثير الديانة المسيحية لتشجيع الوالدين على تصحيح علاقتهما غير الشرعية. واشترط جستنيان لتحقيق هذه الوسيلة الشروط التالية:

- أن يكون الزواج ممكناً قانوناً منذ الحمل بالطفل، ولهذا لا يجوز تصحيح نسب أولاد الزنى من زوج الغير، أو الزنى بالمحارم، ولا لوليد الرقيقة أو الأجنبية.
- أن يحرّر عقد الزواج للدلالة على تحويل المعاشرة إلى زواج شرعي.
- أن يوافق الولد البالغ على تصحيح نسبه، أو لا يعترض على ذلك، لأن الابن الطبيعي المستقل بحقوقه لا يجوز أن يجبر على الخضوع لسلطة غيره بدون رضاه[1].

2 ـ قيد الابناء في المجلس البلدي Oblation à la curie

إستحدثت هذه الوسيلة في عهد الامبراطور تيودوز الثاني وفالنتينيان

(1) أنظر الدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدراوي، مبادئ القانون الروماني، ص 99.

الثالث عام 443، وأجيز للأب إذا لم يكن له أولاد من زواج شرعي أن يوصي أو يهب كل أو بعض ذمته المالية لأولاده الطبيعيين بشرط قيدهم ضمن أعضاء المجلس. فإذا كانت بنتاً زوّجها لأحد أعضاء المجلس. وتطور هذا الأمر ليصبح وسيلة لتصحيح النسب. وسنة 470 م صدر الدستور الذي يقرر لهؤلاء الحق في ميراث الأب.

وفي عهد جستنيان تقرّر للأب الحق في ميراث أبنائه المصحح نسبهم بهذه الطريقة.

3 ـ بقرار من الامبراطور Rescrit du prince

إستحدث هذه الوسيلة الإمبراطور جستنيان وذلك في الأحوال التي يكون فيها الزواج غير ممكن بين الوالدين لوفاة الأم مثلاً أو غيابها، وكانت البنوّة تمنح بقرار من الامبراطور بناء على طلب الوالد الذي ليس له أولاد من زواج شرعي كي لا تمسّ حقوقهم في الميراث، كما كانت تمنح البنوّة بناء على طلب الولد نفسه بعد وفاة والده إذا كان والده أبدى رغبته في ذلك قبل وفاته[1].

آثار منح البنوة الشرعية

كان يترتّب على منح البنوة الشرعية عن طريق الزواج اللاحق، أو بأمر من الأمبراطور، دخول الولد في سلطة أبيه وفي أسرته شأنه في ذلك شأن الولد الشرعي.

أما بالنسبة لوسيلة تصحيح النسب عن طريق إهداء الولد إلى المجلس البلدي، فلم يكن يترتب عليه دخول الإبن في أسرة أبيه واعتباره قريباً لأعضاء الأسرة، بل كان يقتصر الأمر على خضوع الابن لسلطة الأب واكتسابه حق الإرث المقرر للإبن الشرعي، لأن الغرض المقصود من وراء ذلك كان غرضاً مالياً أكثر منه عائلياً[2].

انقضاء السلطة الأبوية

تبقى السلطة الأبوية قائمة طالما بقي الأب على قيد الحياة، ولا تزول إلا بوفاته، ولقد وجدت طرق قانونية لإخراج الإبن من السلطة الأبوية. وقد

(1) الدكتور عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، ص 220.

(2) الدكتور عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، ص 221.

تزول السلطة الأبوية دون أن تنقطع صلة القرابة بين الابن وبين أسرته وذلك في الأحوال الآتية:

أ ـ بوفاة رب الأسرة، وفي هذه الحالة تستقل زوجته بحقوقها متى كان الزواج مع السيادة، كما يستقل كل أبناء الأسرة وبناتها، ويشبه وفاة رب الأسرة فقده لحريته أو لجنسيته.

ب ـ كانت هنالك بعض الوظائف الدينية التي لم تكن تتفق مع كون الشخص خاضعاً لسلطة غيره. وقد توسّع جستنيان في هذا المجال فرتّب على تولي كثير من المناصب الدينية والمدنية زوال السلطة الأبوية[1].

جـ ـ وفي عهد الإمبراطورية السفلى كانت السلطة الأبوية تزول إذا ما ارتكب الأب خطأً جسيماً مثل ترك المولود ونبذه، أو بسبب تحريض ابنته على الفجور، أو بسبب زواج المحارم.

وقد تزول السلطة الأبوية مع إنفصال الابن عن الأسرة، كما هو الحال في التبني، وزواج البنت بالسيادة، إذ ينتقل المتبنَّى أو البنت المتزوجة من سلطة رب الأسرة إلى سلطة المتبنِّي، أو سلطة الزوج.

وقد لا يدخل من كان خاضعاً لسلطة غيره في كنف أسرة جديدة مع انقطاع صلته بأسرته الأصلية، كما إذا صار رقيقاً، أو فقد صفة المواطنية، أو تمّ تحريره.

التحرير L'émancipation

كان التحرير في البداية يعتبر من الإجراءات العقابية ضد الابن عن طريق إخراجه من الأسرة، وقد تغير هذا الأمر فيما بعد حيث أصبح التحرير وسيلة لمكافأة الابن الذي تظهر أهليته في إدارة أعماله وتولي شؤون نفسه. وبذلك أصبح التحرير يتطلب موافقة الابن إلى جانب إرادة الأب.

كان التحرير يعتمد في البداية على إجراءات معقّدة، ثم تبسطت هذه الإجراءات في عصر الامبراطورية السفلى، فأصبح تحرير الابن يتم بإقرار كتابي من الأب بالتخلي عن السلطة الأبوية، كما سمح للابن أن يطالب

---

(1) R. Monier. Op. Cit., p. 272.

بتحريره إذا أساء والده معاملته، وقد أقرّ جستيان هذا الأمر.

بالنسبة لآثار تحرير الابن، فقد كان في المرحلة الأولى يعتبر عقاباً له وكانت تنقطع علاقة الابن بعائلته وأولاده إذا لم يتحرروا معه، كما كانت تنقطع صلته بأسرته من حيث الحقوق المترتّبة على القرابة، ومع ذلك فقد كان يترتب على التحرير إستقلال الابن بحقوقه.

وفي مرحلة لاحقة تقرّر للابن المحرر حق الإرث من أقاربه الطبيعيين، وإذا توفي بدون أولاد أصبح لوالده ولأقاربه حق ميراثه. كما تقرر للابن المحرر الاحتفاظ بالحوزات الحربية وشبه الحربية، أما الأموال الطارئة فقد كان يحتفظ بها مع إعطاء حق الانتفاع للأب بنصفها فقط. وقد انتهى الأمر إلى أن أصبح الابن المحرر يشبه الابن الذي بقي في ظل أسرته من ناحية الحقوق الإرثية.

ثانياً: في الشريعة الإسلامية

رأينا ما اتصفت به سلطات رب الأسرة في المجتمع الروماني من نفوذ وسلطان، سواء من حيث نطاقها أو من حيث مداها بالنسبة للأفراد التابعين لرب الأسرة، أما بالنسبة للمجتمع العربي قبل الإسلام، فلم يعرف هذه السلطة المطلقة لرب الأسرة رغم أن العرب في الجاهلية كانوا يفضلون المواليد الذكور، لما عرفوا في حياتهم من الغزوات وعدم الاستقرار، وكان من نتيجة ذلك أن ظهرت عادة وأد البنات عند بعض الأسر من الذين كانوا يخشون على بناتهم من الفقر أو السبي، كذلك عدم توريثهم وإخضاعهم لسلطة أوليائهم أو أزواجهم خضوعاً مطلقاً.

ولم يعرف الاسلام نظام السلطة الأبوية الذي عرف عند الرومان، بل إنه على العكس من ذلك فقد قيد من سلطة الرجل عن طريق منح المرأة بعض الحقوق التي كانت محرومة منها في المجتمع الجاهلي، فحرّم عادة وأد البنات، وفرض للأنثى حق الإرث، وأقرّ لها حق التملك والتصرف في ملكها، وحدد سلطة الولي عليها، ويتفرّع عن حقوق الأسرة في التشريع الإسلامي حقوق الأولاد في النسب والرضاعة والحضانة والولاية، وحقوق

الأقارب من حيث وجوب النفقة للفقراء والمحتاجين منهم، وحقوق الإرث بين الوارث والمورث التي تقوم على أساس الزواج والقرابة واستحقاق الذكر للميراث مثل حظ الأنثيين والمساواة بين الصغار والكبار في الإرث، وتقديم حقوق الدائنين على حقوق الورثة تطبيقاً لمبدأ لا إرث إلا بعد وفاء الدين[1].

والأسرة العربية كانت عماد المجتمع الذي قام عليه العصر الجاهلي، وعندما ظهر الإسلام حافظ على أصالتها وهذّب بعض أحكامها وألغى بعض روابطها الفاسدة، وذلك ضمن أهدافه وغاياته السامية وبما يتلاءم مع البنية الانسانية للمجتمع الجديد[2].

إشترط الإسلام في الخطبة أن تكون المرأة خالية من الموانع التي تمنع زواجها من الخاطب، وألا تكون مخطوبة للغير. وأبقى الاسلام للولي سلطة تزويج المرأة إذا كانت صغيرة، وفسخ زواج المرأة الراشدة إذا تزوجت من غير كفوء، وقيّد الإسلام من سلطة الولي فألزمه أن يأخذ موافقة المرأة في تزويجها.

ويتمّ عقد الزواج بإيجاب وقبول مشهود، ويتحدد فيه المهر. وقد جعل الاسلام المهر ركناً في العقد وجعله ملكاً للزوجة لا يشاركها فيه أحد، بعد أن كان عند عامة العرب في الجاهلية ملكاً للأب يأخذه لنفسه أو يأخذ قسماً منه. وجعل الاسلام المهر في معنى الهبة الواجبة بقوله تعالى: **﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾** (النساء/ 4)[3]. ولذلك لم يشترط الإسلام في المهر المال المتقوم، فأي عمل صالح يكون فيه خير للمرأة أو ثواب لها يمكن أن يكون مهراً. فقد عقد النبي زواج رجل لا يملك شيئاً وجعل مهر زوجته أن يعلمها ما عنده من القرآن.

---

(1) الدكتور محمد فاروق النبهان: المرجع السابق، ص 38، 39، 40.

(2) الشريعة اليهودية تجعل التراضي أساس عقد الزواج، وهو من الفروض التي أوجبها الله على الإنسان والغاية منه إنجاب الذرية، وقد قام الزواج عند اليهود على أساس تعدد الزوجات في العهد القبلي وعهد القضاة، ورغم إنتشار الزواج الفردي في العهد الملكي فإن التوراة تذكر أن سليمان تزوج من سبعمائة زوجة، فكان له ثلاثمائة جارية، ثم حرّم تعدد الزوجات بعد ذلك إلا في حال كانت الزوجة عقيمة، وقد جرت العادة أن تدخل الزوجة العقيمة زوجها على جارتها لتستخلف منها كما فعلت سارة حين أدخلت زوجها إبراهيم على جارتها هاجر.
أنظر، سفر الملوك الأول: الإصحاح 11، وسفر التكوين الإصحاح 16.

(3) أي عطاء بدون عوض.

وقد عرف العرب في الجاهلية نظام تعدد الزوجات بدون تحديد، ولما ظهر الاسلام قيّد عدد الزوجات بأربع، واشترط العدل إذا أراد الانسان أن يتزوج بأكثر من واحدة وإلا وجب الاقتصار على زوجة واحدة **﴿فإن خفتم ألاّ تعدلوا فواحدة﴾**، وتضيف الآيات أن إقامة العدل بين النساء غير ممكنة لقوله تعالى: **﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾** (النساء آية 129).

كما راعى العرب في الجاهلية علاقة الأصل بالفرع، وعلى هذا الأساس حرّموا الزواج من البنات والأمهات والأخوات والعمّات والخالات، كذلك فإن التحريم شمل حالات التبنّي، لأن المتبنّى كان يكتسب حقوق الولد الطبيعي. فلا يجوز للمتبني أن يتزوّج ابنة تبناها لأنها تعتبر بمثابة ابنته.

ولكن عرب الجاهلية أباحوا الزواج بامرأة الأب، وهذا ما عرف بزواج المقت عندهم، كذلك كانوا يجيزون الجمع بين الأختين[1]، وعندما ظهر الاسلام أخذ بمبدأ التحريم الذي ساد عند العرب فيقول تعالى: **﴿حرّمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت﴾** (سورة النساء 23)، كما حرّم زواج المقت[2]، ومنع الجمع بين الأختين وألغى نظام التبنّي، الذي عرفه المجتمع الجاهلي[3].

إبطال نظام التّبنّي

كان التبني سباحاً في الجاهلية، وكان يتم بالتراضي مع من يراد تبنيه أو مع ولي أمره، وكان التبني يعلن في الأماكن العامة ليعلم به الناس. ويترتب للمتبنّي جميع حقوق الولد من زواج شرعي، فينسب إلى أبيه بالتبني ويرثه إذا مات[4].

والتبني عند عرب الجاهلية يختلف عن التبنّي عند الشعوب الأخرى فقد كان يتمّ مع وجود أولاد للمتبنّي، ولم يكن يتقيد بسن معينة، وعلى ذلك كان

---

(1) وهذا الأمر متبع عند اليهود (سفر التكوين الإصحاح 18).

(2) وذلك في قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا يحلّ لكم أن ترثوا النساء كرهاً ولا تعضلوهن، لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن﴾ (سورة النساء/ 19).

(3) أنظر في تفصيل المحرمات من النساء مؤلف الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة السابعة، بيروت 1982، ص 307 وما بعدها.

(4) أبو الفرج الاصفهاني: الأغاني جـ 1 ص 94 (دار الكتب المصرية، القاهرة 1927).

أساس التبنّي يقوم على نوع من الحماية والعطف ولا يقوم على أساس ديني، وكان ينال المتبنَّى مرتبة الولد من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية فقد كان دون الولد من زواج شرعي في نظر الجماعة، والدليل على ذلك الألفاظ التي كانت تطلق على الولد المتبنَّى وتتضمن بعض معاني الازدراء والانتماء إلى مرتبة اجتماعية دنيا[1].

وعندما أتى الإسلام أبطل التبني حرصاً على إلحاق الولد بأبيه، فقال تعالى: ﴿ادعوهم إلى آبائهم هو أقسط عند الله﴾، وأتى بنظام الاقرار بالبنوّة وهو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب تثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من نفقة وإرث وحرمة المصاهرة[2].

(1) من أسمائه الدعي، أي الذي يدعى لغير أبيه، والمنوط أي الذي ينسب إلى قوم ليس منهم، والمذبذب وهو الذي لا يدري إلى من ينتمي.

(2) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، ص 703.

الباب الثاني

نظام الرق

L'Esclavage

مصادر نظام الرق في الشرائع القديمة

تعتبر ظاهرة الرقّ من أهم الظواهر القانونية في الشرائع القديمة، وقد قام هذا النظام بدور هام في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وتطوّر بتطور الأفكار الفلسفية والدينية التي تدعو إلى المساواة بين الناس وتحرير الانسانية من الاستغلال والتبعية.

وكانت الحروب الكثيرة من الأسباب الرئيسية لهذا النظام حيث كانت الشعوب المنتصرة تأخذ أسرى الشعوب المهزومة كأرقاء يستخدمونهم ويسخّرونهم في أعمال الانتاج والخدمات المختلفة، ولكن قد يحدث أن يقتل الأسرى بصورة جماعية خوفاً من ثورتهم فيما بعد، أو في سبيل تقديمهم قرابين للآلهة[1].

كذلك كانت الولادة من أسباب الرق فكان ابن الرقيقة يعتبر رقيقاً ولو كان والده حراً.

(1) هنالك أمثلة كثيرة بالنسبة للشعوب المهزومة، فقد قتل «سنحريب» ملك آشور سكان بابل حتى سدّت جثثهم مسالك المدينة، كذلك ما فعله آشور بانيبال حين استولى على بلاد عيلام حيث أخمد في حقولها صوت الآدميين، ووقع أقدام الضأن والماشية، وصراخ الفرح المنبعث من الأهلين، وترك هذه الحقول مرتعاً للحمير والغزلان والحيوانات البرية على اختلاف أنواعها.
أنظر: قصة الحضارة: ترجمة د. زكي نجيب محمود، جـ 2، ص 268 ـ 270.

ومن أسباب الرق أيضاً المدين المعسر الذي لا يتمكن من الوفاء بدينه فيستطيع الدائن أن يسترقه في مقابل وفاء الدين، أو أن يبيعه ليستوفي دينه من ثمنه. ومن مظاهر الرق في العصور القديمة حالة ارتكاب الفرد لبعض الجرائم التي كانت تؤدي إلى استرقاقه وبيعه أو تسليمه إلى المجني عليه كرقيق، ففي أثينا كان المحكوم عليه بجريمة الشتم والإهانة يصنّف كرقيق ويسلّم إلى المجني عليه، وفي روما أيضاً كان يعتبر من حكم عليه بالإعدام رقيقاً وكانت أمواله لا تنتقل إلى ورثته بل إلى الدولة، كذلك من بين الأمور التي كانت تؤدي إلى الرق في روما الهرب من الجندية أو التهرب من التسجيل في قوائم الضرائب أو سجلات التجنيد.

ومن الأمور الشائعة في المجتمعات القديمة بيع الأولاد، وقد كان هذا الأمر معروفاً عند اليونان القدماء وعند الرومان حتى في عهد الامبراطورية السفلى وخاصة عند الطبقات الفقيرة[1]، كذلك عرف هذا الأمر في إنجلترا حتى القرن الثاني عشر، وفي فرنسا حتى القرن الخامس عشر، وظل إلى فترة طويلة يعرف عند الصينيين وعند اليابانيين حتى القرن الماضي.

ومن الظواهر التي عرفت في المجتمعات القديمة لجوء الغرباء إلى أسر قوية تحميهم وتوفّر لهم الأمن وسط طقوس شبيهة بطقوس الزواج والتبنّي، فكان على الولي أن يحسن معاملة مولاه وأن يبذل جهده في خدمة سيده[2].

الوضع الاجتماعي والقانوني للرقيق

تطوّر المركز الاجتماعي والقانوني للرقيق عبر العصور المختلفة، إثر تطوّر الحياة الاقتصادية لدى الجماعات الانسانية. فقد كان الرقيق يعتبر من عداد الأشياء التي يمتلكها السيد ويدفن مع هذا الأخير في حال وفاته لخدمته في العالم الآخر، وعندما نظر إلى الرقيق كأداة للانتاج لاقى بعض العناية التي تصرف في العادة على تربية المواشي وسمّي «بالقطيع البشري» «Cheptel

(1) R. Monier. Op. Cit., T. I. p. 253.

(2) وقد عرف هذا الأمر عند عرب الجاهلية بولاء العقد حيث ينتمي رجل ضعيف إلى رجل قوي لكي يساعده على أن يقوم الأول بأداء ما اتفق عليه من شروط؛
جواد علي: المفصّل في تاريخ العرب قبل الاسلام، جـ 4، ص 367.

«humaine»، وقد تكاثر عدد الرقيق على أثر الفتوحات الرومانية الواسعة، وقد تمسك به بعض فلاسفة اليونان كأرسطو واعتبروه من الظواهر الاجتماعية اللازمة لحياة الشعوب.

غير أن مبادئ المذهب الرواقي التي تدعو إلى المساواة بين الناس، كان لها الأثر البارز في تخفيف حدّة القسوة التي كان يعامل بها الرقيق، مما أدى إلى تحسين مركزه الاجتماعي والقانوني، وأخذ الرقيق يمثل سيده للقيام ببعض الأعمال نيابة عنه وكانت هذه الأعمال تعتبر صحيحة سواء جعلت السيد دائماً أو مديناً[1].

بقي نظام الرق سائداً في أوروبا في العصور الوسطى، ثم زال بانتهاء هذه العصور. وفي القرن الثامن عشر أخذ المفكرون والفلاسفة يدعون إلى إلغاء رق الزنوج[2]، وعندما قامت الثورة الفرنسية ألغت كافة مظاهر هذا الرق في جميع المستعمرات، إلا أن نابليون أعاد نظام رقّ المستعمرات عام 1802 وقمع الثورات التي قام بها الزنوج من أجل إلغاء هذا التدبير. كما ألغي نظام الرّق في المستعمرات البريطانية عام 1833 ثم تبعتها فرنسا فألغت هذا النظام عام 1848، ثم الدانمارك فألغته عام 1856 واسبانيا عام 1872.

وفي الولايات المتحدة الاميركية كانت لهذه الظاهرة الأثر الكبير في نفوس الأدباء والمفكرين، وقد ألغي نظام رق الزنوج عام 1865 على أثر حرب الانفصال التي قامت بين الولايات الشمالية والجنوبية وانتهت بتوحيد هذه الولايات.

ولقد تعاقبت بعد ذلك المؤتمرات الدولية لإلغاء ظاهرة رق الزنوج[3]، وعندما ولدت عصبة الأمم تعهدت الدول الأعضاء بإلغاء الرقيق ثم تأكد هذا المبدأ في المادة الرابعة من البيان الشامل لحقوق الإنسان الذي أعلنته منظمة الأمم المتحدة في العاشر من كانون الأول عام 1948.

---

(1) R. Monier: Op. Cit. p.p. 210- 213.

(2) من بين هؤلاء مونتسكيو (كاتب فرنسي 1689 ـ 1755 اشتهر بكتابه روح القوانين)، وفولتير (كاتب فرنسي 1694 ـ 1778 اشتهر في كتابه محادثات بين بطالي ومتحضّر وكتابه السذج)، والعالم الاقتصادي آدم سميث: (1723 ـ 1790 وهو مؤسس المذهب الاقتصادي الحر).

(3) ومن هذه المؤتمرات مؤتمر واشنطن سنة 1862، ومؤتمر بروكسل سنة 1876 ومؤتمر برلين سنة 1885، ومؤتمر بروكسل سنة 1890.

الرق في المجتمع الروماني

عرف الرومان نظام الرق خلال مختلف عصور الدولة الرومانية، وقد بدأ الرق بصورة قاتمة سوداء، وانتهى الأمر إلى التخفيف من ظلال هذه الصورة القاتمة تحت تأثير الاعتبارات الإنسانية والاعتبارات الفلسفية والإقتصادية.

وقد وضع الرومان الرق بين نصوص قانون الشعوب باعتباره نظاماً مقرراً عند كافة الشعوب القديمة، وقد عرّفه جستنيان بقوله بأنه: «نظام من نظم قانون الشعوب قد يخضع بموجبه شخص لملكية شخص آخر، خلافاً لمبادئ قانون الطبيعة».

نشأت فكرة الرق عند الرومان على أثر حروبهم الكثيرة التي كانت تتمخض على استعباد المهزوم، لذلك فإن الرق ارتبط عند الرومان بالجنسية الأجنبية، فقد وجد التلازم بين الحرية والجنسية الرومانية، ومن يفقد الجنسية الرومانية يفقد بالضرورة صفة الحرية. وهذا يستتبع القول بأنّ الرقيق هو الأجنبي الذي استحوذ عليه روماني، وأن الإنسان الروماني لا يمكن أن يكون رقيقاً على الأرض الرومانية، وكذلك فإن الروماني الذي أسر في الخارج يسترد حريته بمجرد عودته إلى روما.

إلا أن الوضع السابق قد تطور باتجاه تحسين مركز الرقيق على أثر إنتقال المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري، وعلى أثر إنتشار الأفكار الفلسفية الجديدة في روما، وهذا ما أدى إلى فصل فكرة الحرية عن فكرة الجنسية الرومانية واعتبار الرق حالة إجتماعية واقتصادية وقانونية في مرتبة دنيا، وأصبحت فئة كبيرة من الأجانب تتمتع ببعض الحقوق داخل المجتمع الروماني[1].

ونتكلم ضمن فصلين عن نظام الرق في المجتمع الروماني وموقف الشريعة الإسلامية من هذا النظام.

---

(1) Gaudemet: institutions de l'antiquité, p. 542 et suiv.

الفصل الأول

الرق في المجتمع الروماني

تمهيد وتقسيم

سوف نعرض للرق في المجتمع الروماني فنشير إلى أسبابه، ثم نعرض للمركز الاجتماعي والقانوني للرقيق، ثم إلى نظام العتق وفق الترتيب التالي:

المبحث الأول: أسباب الرق في المجتمع الروماني.

المبحث الثاني: المركز الإجتماعي والقانوني للرقيق.

المبحث الثالث: نظام العتق.

المبحث الأول

أسباب الرق

الرق بسبب الميلاد

يعتبر الطفل المولود من أم رقيقة رقيقاً ولو كان الأب حراً، أما ابن الحرة فيولد حراً ولو كان والده رقيقاً. فالعبرة إذن بحالة الأم في الحرية أو العبودية، لأنّ القانون لا يعترف بزواج الرقيقة أو العبد، وكانت القاعدة العامة بالنسبة للأولاد من زواج غير شرعي أنهم يتبعون حالة الأم.

وكانت العبرة بحالة الأم وقت الولادة وليس وقت الحمل في القانون القديم، إلا أنه نتيجة إنتشار الأفكار الانسانية بالنسبة لتحسين مركز الرقيق فإنه إبتداءً من القرن الثالث ميلادي اعتبر المولود من رقيقة حراً إذا كانت الأم حرّة

أثناء فترة الحمل، وكان يعتبر مثل هذا الولد حراً حتى ولو فقدت الأم حريتها وقت الولادة[1].

الرق بسبب طارئ بعد الميلاد

قد يفقد الشخص حريته لسبب طارئ بعد الميلاد، وكان أسرى الحروب الرومانية السبب الرئيسي لجعلهم أرقاء باعتبارهم ملكاً للدولة الرومانية، كما كان للروماني أن يسترقّ أي أجنبي ليست بين دولته وبين روما معاهدة حتى ولو لم تكن بينهما حرب.

إلى جانب ذلك كانت هنالك وسائل مستمدة من القانون المدني والقانون البريتوري، وقد تنوّعت تلك الوسائل على مرّ العصور.

ففي القانون القديم لم يكن من الجائز أن يصبح المواطن رقيقاً على أرض رومانية، لذلك كان يباع الشخص خارج روما على الجانب الآخر من نهر التيبر، وكان الحكام يستطيعون بيع المواطن كجزاء عن عدم قيامه بالقيد في سجل التعداد، أو في حالة هروبه من الحرب، كما يستطيع الدائن أن يبيع مدينه المعسر كذلك.

ولقد اندثرت معظم الحالات السابقة وظهرت في العصر الامبراطوري حالات جديدة تقوم أساساً على فكرة العقاب.

من بين تلك الحالات ما قضى به المنشور البريتوري، من أنه من يتفق مع غيره على أن يبيعه باعتباره رقيقاً ويقتسم معه الثمن يحرّم من دعوى إسترداد حريته، ويظل في ملكية المشتري كعقاب له، وشمل هذا الحكم فيما بعد الأولاد الذين يولدون بعد البيع والمرأة وكل من ساهم في هذا العمل.

كذلك ما قرّره القانون الامبراطوري بأن المحكوم عليهم بعقوبة الاشغال الشاقة في المناجم، أو بعقوبة الاعدام، يفقدون الحرية، وتؤول أموالهم إلى خزينة الدولة. كذلك المرأة الحرّة التي تعاشر عبداً دون علم سيده فإنها تخضع لملكية هذا السيد وتصبح جارية له.

وفي عهد جستنيان زالت معظم الحالات السابقة وبقي الرق بسبب

---

(1) L.B. Curzon: Op. Cit., p.p. 60- 61.

الميلاد، وبسبب الأسر، وبيع الحر على أنه رقيق، وجحود العتيق لنعمة سيده.

المبحث الثاني

المركز الاجتماعي والقانوني للرقيق

المركز الاجتماعي للرقيق

كانت حالة الرقيق في روما القديمة تشبه إلى حد بعيد حالة باقي أفراد الأسرة الخاضعين لسلطة رئيسها، وكان الأرقاء يعيشون مع السيد في نفس المنزل، ويشتركون في أعمال الزراعة، والأرقاء من أصل لاتيني كانت لهم ذات المعتقدات الدينية التي لدى الرومان، بل ان رب الأسرة كان يقدّم القرابين على أرواح الموتى من الرقيق.

على أثر تحوّل المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري وعلى أثر تدفق الرقيق إلى روما نتيجة فتوحاتها الكبيرة، اختلفت صورة الرقيق عن السابق فأقامت فئة منهم في الريف تصلح الأرض في ظروف قاسية وتعمل خارج المنزل بعيدةً عن أسيادها. أما الفئة الأخرى، فقد كانت تعيش في المدينة في ظل ظروف أفضل من الفئة الأولى، وكانت تقوم بأعمال منزلية أو بأعمال تجارية لحساب السيد، كالسكرتاريا وتربية الأطفال وتعليمهم.

إلاّ أن مختلف هذه الفئات كانت تتعرّض للقهر مما دفع بالمشرّع إلى التدخل لتحسين أحوالهم، وكان للفلسفة اليونانية وتعاليم الديانة المسيحية أثرها في صياغة الأفكار الرومانية المتطورة في هذا المجال[1].

المركز القانوني للرقيق

كان الرقيق في القانون الروماني القديم يعتبر من عداد الأشياء التي يملكها السيد، ويخضع لسلطته المطلقة، فكان يحق للسيد بيع الرقيق أو إعدامه، ولم يكن يعترف بزواج الرقيق ولا ينسبون أولاده إلى الأب أو الأم، بل كانوا ملكاً للسيّد، ولا تعتبر القرابة بين الأرقاء مانعاً من موانع الزواج بعد

---

(1) Gaudemet: Op. Cit., p. 550.

العتق. وباختصار فإنّ الرقيق لم يكن يمثل شخصاً من وجهة نظر القانون.

أما من الناحية المالية فلم يكن للرقيق ذمة مالية، فهو لا يستطيع اكتساب الحقوق أو تحمّل الإلتزامات، ولم يكن له حق التقاضي، فإذا ما اعتدي على الرقيق كان لسيده أن يطلب التعويض لنفسه، وإذا ما اعتدى الرقيق على الغير كانت الدعوى ترفع على السيد، فإما أن يدفع السيد للمتضرر، أو أن يتخلّى له عن الرقيق.

تطور المركز القانوني للرقيق

رغم الصورة القاتمة للرقيق على الوجه السابق، فقد اعترف الرومان للرقيق بشخصية قانونية مقيّدة تحت تأثير الاعتبارات الانسانية، فاعترف له بحقوق دينية مشابهة للحقوق الدينية للأحرار.

كما أجيز للرقيق أن يباشر التصرفات القانونية التي تجعل السيد مالكاً أو دائناً دون أن تجعله مديناً، وعلة ذلك أن الرومان لم يعرفوا النيابة في التعاقد لسيادة الشكلية في التصرفات القانونية.

ومنذ أواخر العصر الجمهوري إستطاع البريتور أن يجعل الرقيق يقوم بتمثيل سيده ليس فقط في التصرفات التي تجعله دائناً، بل أيضاً في التصرفات التي تجعله مديناً، ولكن شرط موافقة السيد صراحة أو ضمناً على تلك التصرفات. كما كان السيد يعطي الرقيق حوزة يستثمرها مع بقائها في ملك سيده، ويكون للسيد أن يستردها إذا أساء الرقيق إدارتها أو إذا ارتكب خطأ جسيماً[1].

لقد تأكدت الشخصية القانونية للرقيق خلال العصر العلّمي إثر الاعتراف له بأهلية التعاقد باسمه سواء بالنسبة للعقود التي يعقدها مع سيده أو مع الغير. فالتعهدات التي كان يبرمها الرقيق قبل سيده، أو غيره من الأشخاص كانت تعتبر صحيحة، وكانت تولد على عاتقه التزاماً طبيعياً يمكنه أن يقوم بتنفيذه بعد العتق.

(1) الحوزة، كانت عبارة عن مبلغ من النقود، أو قطيع من الماشية، أو قطعة من الأرض، أو عدد من الرقيق.

كما أصبح للرقيق حق التقاضي في أواخر القرن الثالث ميلادي، فله أن يلجأ إلى القضاء لمطالبة ورثة الموصي بتنفيذ الوصية إذا كان الرقيق أعتق عن طريق الوصية، وله أيضاً أن يقاضي سيده في حال تعهد هذا الأخير بعتقه ولم يف بهذا التعهد، كذلك الرقيق أن يقاضي سيده إذا أساء معاملته، أو تعسّف في إستعماله حقه.

كذلك صدرت القوانين التي ترمي إلى حماية الرقيق، فصدر في منتصف القرن الأول الميلادي في عهد الامبراطور كلود، القانون الذي يقضي بأن السيد الذي ينبذ رقيقه بسبب مرضه أو شيخوخته يفقد حق ملكيته عليه. كذلك اعترف للرقيق ببعض الحقوق الأسرية وأصبحت القرابة بين الأرقاء مانعاً من موانع الزواج وسبباً للميراث بعد العتق.

المبحث الثالث

نظام العتق

وسائل العتق في القانون القديم

إتخذ العتق في القانون القديم الصور الرسمية الآتية:

أ ـ دعوى الحرية الصورية، حيث كان يتفق السيد مع شخص آخر ينوب عن الرقيق في رفع دعوى الحرية، ويقرر وكيل الرقيق أمام الحاكم القضائي أن العبد هو إنسان حرّ ويعمل على لمسه بعصاه في الوقت ذاته، ويعترف السيد بحرية الرقيق، فيصادق الحاكم على هذا الاقرار، ويترتب عليه تحرير الرقيق.

ب ـ القيد في قوائم التعداد، وكان ذلك يتم كل خمس سنوات بمعرفة حاكم الإحصاء، حيث يتم القيد في قوائم خاصة لإحصاء المواطنين الأحرار. فإذا تمّ قيد الرقيق بموافقة سيده فإنه يتحرّر ويكتسب الصفة الوطنية.

وكان القيد السابق مقصوراً على الرجال دون النساء، وعلى البالغين من الذكور، ولم يكن يجري إلا داخل روما دون الأقاليم[1].

---

(1) R. Monier: Op. Cit., p. 219.

ج - العتق بالوصية، وهو من الطرق التي كانت تُستعمل لتحرير الرقيق بناء على تضمين الوصية عتق الرقيق، ولمّا كانت الوصية من التصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة، فإن العتق لم يكن يتمّ إلا بعد وفاة السيد الموصي.

العتق خلال العصر العلمي

ألغيت خلال هذا العصر طريقة العتق عن طريق القيد في قوائم التعداد، وتبسطت طريقة العتق بالدعوى الصورية إذ أصبح العتق يتم بإقرار من السيد أمام الحاكم. كما ظهرت طرق جديدة خالية من التعقيدات الشكلية.

وكان من أهم هذه الطرق العتق بإقرار شفوي يصدر من السيد في حضرة أصدقائه، أو عن طريق إقرار كتابي يرسله السيد إلى الرقيق يضمّنه إقراره بالعتق.

ولقد ترتب على الوضع السابق منح الجنسية الرومانية لعدد كبير من الأرقاء، مما رجع بالضرر في بعض الأحيان على ورثة السيد أو دائنيه لذلك صدرت بعض القوانين التي تحدّد من حالات العتق، ومن أهم هذه القوانين قانون كانينيا (Caninia) الذي صدر في السنة الثانية قبل الميلاد ووضع الحد الأقصى الذي يجوز أن يعتقهم السيد عن طريق الوصية، وذلك بحسب ما يملكه السيد من رقيق بحيث لا يزيد عن المائة، وقانون سانتيا (Aelia Sentia) وصدر في السنة الرابعة بعد الميلاد وقرّر وجوب أن يبلغ السيد والرقيق سناً معينة بالنسبة للعتق في حال الحياة، كما تقرّر بطلان العتق الذي يلحق الضرر بحقوق الدائنين.

العتق خلال عصر الامبراطورية السفلى

تبسّطت إجراءات العتق في هذا العصر وأصبح تحرير الرقيق في عهد جستنيان يتم عن طريق الدعوى الصررية، وكان الأمر يقتصر على إقرار السيد بشكل رسمي أمام الحاكم القضائي، أو أمام المجلس الامبراطوري.

كما ألغى جستنيان طبقة اللاتين وأصبح العتق عن طريق الخطاب، أو أمام الأصدقاء يترتب عليه كسب الحرية والرعوية الرومانية في ذات الوقت. وقد استلزم جستنيان أن يتم العتق في جميع الحالات أمام خمسة شهود.

كما أصبح العتق يتم أمام رجال الدين في الكنيسة، وقد أقرّ الامبراطور قسطنطين ما يترتب عليه من نتائج قانونية.

آثار العتق

يكتسب المعتق بناء على الطرق السابقة صفة الحرية والوطنية إن كان سيده مواطناً رومانياً، إلا أن المعتق لا يرقى إلى مرتبة الأحرار الأصلاء ويبقى مرتبطاً بسيده القديم بعدة التزامات، أي أن المعتق لا يتمتع بالشخصية القانونية الكاملة.

فمن الناحية السياسية يبقى المعتق محروماً من حق تولي مناصب الحكم، ومن العضوية في المجالس البلدية ومجالس الشيوخ والخدمة في الجيش. وعلى الرغم من أن هذه الصفة لا تمتد إلى أولاد المعتق فإن عضوية مجلس الشيوخ بقيت محرمة على هؤلاء الابناء وكان للمعتق أن يتحرر من هذه القيود بمنحه صفة الحر الأصيل من الامبراطور حيث كان الاجراء يلغي كل أثر للرق وفي عهد جستنيان عمت تلك المنح وكانت النتيجة أن عمت المساواة طبقة العتقاء والاحرار والأصلاء.

أما فيما يتعلق بالحقوق الخاصة فقد حرّم القانون القديم الزواج بين العتقاء والأحرار الأصلاء، ثم اقتصر هذا التحريم على أعضاء مجلس الشيوخ وعائلاتهم بمقتضى قانون جوليا (عام 18 ق.م.)، وقد ألغي هذا التحريم في عهد الإمبراطور جستنيان.

ولما كان السيد خالق حرية المعتَق فقد كان يلتزم هذا الأخير من الناحية الأدبية بالولاء للسيد، ويلتزم نحوه بالواجبات الآتية:

- واجبات الإحترام والإجلال للسيد، وهو واجب أخلاقي يقضي بإطاعة السيد واحترامه، وكان يمتنع على المعتق رفع أي دعوى ضد السيد، أو أحد أقاربه إلا بإذن من الحاكم، وكان يترتب على مخالفة هذا الواجب توقيع عقوبات بدنية أو مالية، وفي العصر الإمبراطوري كان للسيد أن يعيد المعتَقَ إلى سلطته إذا خالف هذا الواجب.
- واجب أداء الخدمات، ويتضمن تقديم الخدمات والمساعدات للسيد، وإذا التزم المعتَق بأداء هذا الواجب فإنه يصبح إلتزاماً مدنياً يلتزم بتنفيذه

قانوناً، إلا أن الحاكم كان يتدخّل أحياناً للإعفاء من هذا الإلتزام إذا كان مرهقاً.

- بعض الحقوق المالية، وتشمل حق النفقة للسيد إذا أعسر، وحق السيد في إرث رقيقه المعتَق إذا توفي دون وارث ودون وصية، كذلك حق السيد في الوصاية إذا كان المعتَق من القصر أو إمرأة[1].

وكانت الواجبات السابقة تبقى ببقاء السيد على قيد الحياة، ولا تزول بموت السيد بل تنتقل إلى ورثته من بعده، ولكنها قد تزول بتنازل السيد أو ورثته عنها.

وفي مقابل تلك الحقوق تقرّرت بعض الإلتزامات في ذمة السيد لصالح معتقه، مثل التزامه بالإنفاق عليه إذا أعسر، فإذا لم يقم السيد بهذه الإلتزامات تنتهي حقوقه في الولاء قبل عتيقه وورثته.

(1) الدكتور توفيق حسن فرج: القانون الروماني، 158 ـ 159.

الفصل الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من الرقيق

الرق قبل ظهور الإسلام

عرف الرق في المجتمع العربي قبل الإسلام، وكان مصدره في الغالب عند البدو السبي[1]، وعند الحضر الشراء والولادة والعجز عن سداد الدين، فقد كان من حق الدائن أن يبيع مدينة عندما يعجز هذا الأخير عن الوفاء[2]. وكان يعتبر ابن الرقيقة رقيقاً ولو كان والده حراً، إلا إذا اعترف ببنوته.

وكان الرق يجلب من بلاد الروم والفرس ومصر والحبشة وبلاد الهند، وكانت مكة أكثر المدن العربية إزدحاماً بالرقيق، فكان مورداً تجارياً كبيراً، وقد أثر في حياتها الإجتماعية والثقافية والاقتصادية بما نقل إليها من أنواع الثقافات المتعددة التي كانت من أسباب إزدهارها وثرائها.

ولم يكن الرق أبدياً في حياة الرقيق، فقد كان يمكن للأسير أن يسترد حريته إذا افتداه أهله بالمال، كما كان الرقيق يسترد حريته إذا اعتقه سيده تفضلاً منه، أو إذا اتفق معه على مبلغ من المال يؤديه الرقيق على شكل أقساط للسيد. وفي هذه الحالة كان يؤذن للرقيق بالعمل أو الإتجار ليسدّد هذه الأقساط. ويسمّى هذا الاتفاق بالمكاتبة، ويسمى العبد (بالمكاتب)، لأنه يكتب على نفسه أن يدفع ثمنه لمولاه، ويكتب السيد على نفسه أن يعتقه في مقابل الثمن.

---

(1) السبي والسباء: النهب وأخذ الناس عبيداً وإماء.

(2) جواد علي: المرجع السابق، جـ 5، ص 574.

الرق بعد ظهور الإسلام

المصدر الأساسي للرق في الإسلام هو الحرب المشروعة، والحرب المشروعة هو ما يعبَّر عنها بالجهاد، ولم يكن الرق من غايات الجهاد، بل كانت غايته إعلاء كلمة الله وجمع الناس في عقيدة واحدة تقوم على الإيمان بوحدانية الله.

وكانت الدعوة الإسلامية تبلغ أولاً للناس عن غير طريق الحرب، فإن أسلموا كان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين، وإن إستسلموا بلا حرب ولا قتال ولم يسلموا فهم ذمة للمسلمين، وإن أبوا قاتلهم المسلمون، فإن غلبوهم كانوا غنيمة يملكون أموالهم ورقابهم[1].

وإذا كان الاسلام لم ينص على إلغاء الرق لعدم ملاءمة الظروف الاجتماعية والاقتصادية، فإنه لم يبحه ولم يشرعه، وإنما شرّع العتق وحضّ عليه ووسّع من أسبابه، فمهّد بذلك لإلغائه. وقد جعل الاسلام العتق فريضة من فرائض التكفير عن الذنوب، فأوجبه على من يحنث في يمينه، أو يظاهر من زوجته، أو يقتل خطأ، أو يفطر في رمضان متعمداً، وجعله من مقاصد الخير والقربى إلى الله تعالى.

كذلك منح الاسلام الرقيق حق افتداء نفسه بالمكاتبة على نحو ما كان معروفاً عند العرب في الجاهلية، وكان يمكن للسيد أن يوصي بأن يكون عبده حراً بعد موته. كذلك جعل الإسلام من مصارف الزكاة عتق الرقاب، بأن يعطي الحاكم للرقيق من بيت المال ما يستعين به على فك رقبته وتحرير نفسه[2].

وكان الرقيق في المجتمع الإسلامي يتمتع بحرمة الحياة وحرمة الكرامة الإنسانية، وحرص الاسلام على تكريم الرقيق، حتى أن بعض الفقهاء يرون أن العبد يعتق حكماً إذا لطمه سيده دون حاجة إلى إعتاق[3]. كما أوجب الإسلام

---

(1) الدكتور عبد السلام الترمانيني: المرجع السابق، ص 320.

(2) الدكتور صبحي الصالح: النظم الإسلامية، ص 471 ـ 472.

(3) تقرر الشريعة اليهودية أن السيد لو ضرب الرقيق وأتلف عينه أو أسقط سنة وجب عليه أن يحرره، وإذا هرب العبد إلى شخص آخر فلا يحق لسيده أن يسترده (سفر الخروج الاصحاح 21 ـ وسفر التثنية =

على السيد أن ينفق على عبده ويكسوه مما يكسو به نفسه وأولاده، ولا يكلفه ما لا يطيق فيقول الرسول الكريم: «إتقوا الله فيما ملكت ايمانكم. أطعموهم مما تأكلوا واكسوهم مما تكسون، . ولا تكلفوهم في العمل ما لا يطيقون».

ولم يبق الرق في الحدود التي رسمتها الشريعة الاسلامية، فقد أصبح في العصر العباسي من التجارة الرائجة، وأصبح الشراء هو المصدر الرئيسي للرق، وهذا ما أدخل الفساد والانحلال إلى المجتمع في ذلك العصر، وكان له إنعكاسات سلبية على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية مما ساعد على تفكك الدولة العباسية وانحلالها فيما بعد.

---

* الإصحاح 23). ويعتبر من أسباب الرق في المجتمع اليهودي عجز المدين عن الوفاء بدينه فيسترقه الدائن أو يسترق ولده، وينتهي استرقاق المدين الاسرائيلي بعد مضي ست سنوات يقضيها في خدمة دائنه، أما المدين الأجنبي فيبقى في حالة رق دائم (سفر التثنية بالإصحاح 15)، ويمكن أن يتم تحرير الرقيق بإرادة السيد في حال اتفاق الأول على شراء حريته بمبلغ من المال، وهذا ما يشبه تحرير الرقيق عن طريق المكاتبة الذي عرف في المجتمع، ما قبل ظهور الاسلام.

الباب الثالث

نظام الالتزامات والتعاقد

تمهيد وتقسيم

يعتبر التعاقد وسيلة من وسائل التعامل للحصول على الأموال والمنافع وتأمين الحاجات المختلفة. والعقود تتنوع وتختلف باختلاف البيئات وطبيعة حياة الجماعة ومستوى حضارتها.

وبما أنه لا يمكن الإشارة إلى مختلف أنواع العقود في هذه الدراسة، فإننا سنعرض لأهم أنواعها في القانون الروماني والشريعة الإسلامية ضمن فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول: نظام الالتزام والتعاقد في التشريع الروماني.

الفصل الثاني: نظام الملكية والتعاقد في الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

نظام الالتزام والتعاقد في التشريع الروماني

تمهيد

مرّت الأنظمة القانونية الرومانية في مراحل مختلفة وقد لحقها التطور إثر اتساع المُجتمع الروماني وتشعبت علاقاته في مختلف المجالات وخاصة الإقتصادية منها، ونشأت القوانين التي تحكم تلك النظم وتحدّد مجال تطبيقها أو تعديلها أو إلغائها وفق حاجات المجتمع المتغيرة.

وبعد أن عرضنا لأحكام نظام الملكية ضمن نطاق دراسة تاريخ تطور القانون الروماني، بقي أن نعرض بصورة أساسية إلى نظام الالتزامات ونظام التعاقد في المباحث الآتية:

المبحث الأول

نظام الالتزام في التشريع الروماني

مصادر الالتزام وتطوره

كان الالتزام عند الرومان بمثابة سلطة تعطي الدائن حق التنفيذ على جسم مدينه لا على ماله، وبذلك برز مفهوم الحق الشخصي بأنه سلطة تعطى لشخص على شخص آخر، ويبرز مفهوم الحق العيني بأنه سلطة الشخص على شيء ما، وبذلك فإنه كان يترتب على وفاة المدين انقضاء الالتزام، وعدم تحمل الورثة الوفاء به، كما كان يترتب على ذلك عدم إمكانية تحويل الحق من دائن إلى آخر.

وكانت الجرائم تعتبر المصدر الغالب للإلتزام بحيث كان يحق للمعتدى

عليه أن يقبض على الجاني وأن ينتقم منه بقتله أو بحبسه أو باسترقاقه، وعندما تطور المجتمع الروماني أمكن تصور قيام الالتزامات في غير مجال الجرائم، وبدا ذلك واضحاً في عقد القرض القديم، حيث كان يحق للدائن في حال عدم الوفاء من المدين في مهلة معيّنة أن يسجنه أو يقتله أو يبيعه كرقيق خارج روما.

وفي العصر الجمهوري حرّم الدائن من التنفيذ على جسم مدينه واقتصر حقه على حبسه أو استخدامه حتى يوفي دينه من أمواله أو من ثمرات عمله، وفي مرحلة لاحقة ألغيت تلك الإجراءات، وانتقل التنفيذ على أموال المدين، وبذلك أصبح الالتزام علاقة قانونية قائمة على أساس التنفيذ الذي يقع على الذمة المالية للمدين ولا يقع على جسمه أو حريته[1].

عناصر الالتزام

الالتزام رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما القيام بعمل أو الامتناع عنه أو إعطاء شيء ما، وعرّفه جستنيان بأنه «رابطة قانونية تكون بمقتضاها مجبرين على الوفاء بشيء ما طبقاً لأحكام قانوننا المدني». والإلتزامات قسمان: مدنية وهي التي رتبتها الشرائع وأقرّها القانون المدني، والتزامات حاكمية وهي التي رتبها الحاكم في حدود سلطته التشريعية[2].

وبذلك يتّضح أن الالتزام يقوم على عناصر ثلاثة: طرفا الالتزام، ومحله، والعلاقة القانونية الناشئة عنه. أما طرفا الالتزام فهما الدائن والمدين، وتقوم بينهما الرابطة الشخصية التي كانت أساساً للنظرية الشخصية في الالتزام، والتي أخذت بها بعض التشريعات الحديثة متأثرة بالقانون الروماني في هذا المجال، وتعتبر نقيضاً للنظرية التي أخذ بها الفقه الألماني واعتبر الالتزام رابطة بين ذمتين، وبذلك يصبح محل الالتزام وليس طرفاه موضع اعتبار في النظرية الأخيرة.

أما محل الالتزام أو موضوعه فقد يكون بإعطاء شيء ما أو نقل ملكيته، كالتزام المشتري بدفع الثمن والتزام المستأجر بدفع الأجرة، وقد يكون الإلتزام

(1) A.E. Giffard: Droit Romain et ancien droit français, (Les obligations), Paris 1958, p. 7 et 5.

(2) مدونة جستنيان: المرجع السابق، ص 203.

القيام بعمل ما، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة، أو الامتناع عن عمل كالتزام الجار بعدم البناء في أرضه.

أما العلاقة القانونية الناشئة عن الالتزام فتقوم بين شخصين، وتقرر حق حصول الدائن على شيء بمقتضى الرابطة القانونية بينه وبين المدين، وبناء على تلك الرابطة فقد بقي الالتزام لمدة طويلة عند الرومان يتعلق بشخص المدين وينقضي بوفاته، ولا ينتقل إلى الورثة، كما أن حق الدائن لم يكن بالإمكان انتقاله إلى آخر.

وبتطور المجتمع الروماني وانتقاله إلى مجتمع تجاري تشعبت فيه العلاقات الاقتصادية واتسعت دائرته فسمح بانتقال الالتزام إلى ذمة ورثة المدين وأمكن تحويل ذلك الالتزام إلى الغير بمعرفة الدائن.

بعض التقسيمات الرومانية لنظام الالتزام

لا تدخل الحقوق الشخصية الناشئة عن الالتزامات تحت حصر، وذلك على خلاف الحقوق العينية التي تقع ضمن أطر محددة، وضمن هذا المفهوم قسّم الرومان الالتزامات إلى أنواع عديدة يمكن أن نورد أبرزها:

فمن حيث المصدر قسّم الرومان الالتزامات إلى التزامات تعاقدية وهي التي تنشأ عن العقد والتزامات جنائية، وهي التي تنشأ عن الجرائم، وأضاف إليها الفقيه جايوس مصادر متنوعة أخرى قد لا تقع ضمن التطبيق السابق كالتزام الوصي الناشئ عن إدارته لأموال القاصر.

أما جستنيان فقد قسم مصادر الالتزام إلى أربعة[1]. التزامات ناشئة عن العقد كعقد البيع أو الإيجار، والتزامات ناشئة عن شبه العقد كالتزام الوصي، والتزامات ناشئة عن جريمة، كجريمة السرقة أو الاعتداء، والتزامات ناشئة عن شبه جريمة كتلك الناشئة عن الأفعال الضارة.

أما من حيث مصدر الحماية أو الجزاء فقد قسمها الرومان إلى التزامات مدنية يحميها القانون المدني، وإلى التزامات بريتورية يحميها البريتور استناداً إلى سلطته القضائية.

(1) أنظر مدونة جستنيان: المرجع السابق ص 203 وما بعدها.

ومن حيث الجزاء يمكن تقسيمها إلى التزامات مدنية يحميها القانون بدعاوى معيّنة، والتزامات طبيعية لا تحميها دعاوى القانون أو الدعاوى البريتورية ويبقى لها الأثر من ناحية الوفاء بها، كأداء الدين رغم سبق سقوطه بالتقادم[1].

ومن حيث محلها تنقسم الالتزامات إلى التزامات بسيطة ويكون محلها أمراً واحداً، وإلى التزامات تخييرية ويكون محلها متعدداً وتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأي منها، وإلى التزامات بديلة حيث يكون محلها أمراً واحداً، إنما يمكن للمدين أن يفي بشيء بديل عنها.

ويمكن تقسيم الالتزامات من حيث محلها أيضاً إلى التزامات غير قابلة للتجزئة كتسليم شيء معين بالذات، والتزامات قابلة للتجزئة بحيث يكون من الممكن قسمتها وتجزئتها.

وقد تنقسم الالتزامات إلى بسيطة أو مشتركة أو تضامنية، وذلك بحسب تعدد أطراف العلاقة القانونية أو عدم تعددهم، فإذا تعدد الدائنون أو المدينون أو الطرفان معاً إنقلب الالتزام من بسيط إلى مشترك أو تضامني.

والالتزام المشترك يخوّل الدائن المطالبة بنصيبه من الحق ولا يجبر المدين على الوفاء إلا بنصيبه من الدين، أما الإلتزام التضامني فقد ينشأ لمصلحة دائنين متعددين، ويعتبر ذلك من قبيل التضامن الايجابي، وقد ينشأ في مواجهة مدينين متعددين ويعتبر من قبيل التضامن السلبي، ولكل دائن من النوع الأول أن يطالب بالدين كله، والوفاء يبرئ المدين قبل الآخرين، وللدائن في النوع الثاني مطالبة كل مدين بكل الدين والوفاء من أحد المدينين يبرئ الآخرين في مواجهة الدائن.

المبحث الثاني
نظام التعاقد في التشريع الروماني

تمهيد وتقسيم

من المتفق عليه بين شراح القانون الروماني أن الشكلية كانت الطابع المميز للعقود في المراحل الأولى للمجتمع الروماني الذي كان عبارة عن

---

(1) A.E. Giffard: Op. Cit. p. 12.

مجتمع زراعي محدود الصلات بالعالم الخارجي. وبذلك كان عقد الاشتراط هو أساس التعامل بين الناس، وكانت الألفاظ التي ينعقد بها العقد محدّدة لا يستطيع المتعاقد إستعمال غيرها للتعبير عن إرادته.

ولمّا كان العقد اللفظي هو بطبيعته عقد شكلي، فإنّ القاضي لم يكن يستطع تفسيره طبقاً لنية المتعاقدين، أو وفق مقتضيات العدالة، بل كان يلتزم بالنص الحرفي لعبارة العقد. كما لم يكن القاضي - يبحث عن سبب الالتزام ما لم يدفع المدعى عليه بوضع الغش.

وبعد تطور المجتمع الروماني إلى مجتمع تجاري مفتوح بدأت الشكلية تتراجع، وأخذت العقود الرضائية تظهر نتيجة لما كانت تمتاز به من بساطة ومرونة في التعامل، وكان أهم هذه العقود عقد البيع الذي اعتبر عماد التعامل ومحور التجارة.

كذلك لم يعرف القانون الروماني الإشتراط لمصلحة الغير أو التعهد عن الغير، بمعنى أن طرفي العقد هما المستفيدان الحقيقيان أو الملتزمان الفعليان اللذان أجريا العقد بصيغته الشكلية، وبذلك فإن مبدأ النيابة في التعاقد لم يعرف إلا في العصر اللاحق.

وعقد البيع هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين وهو البائع بنقل الحيازة على الشيء إلى الطرف الآخر وهو المشتري الذي يلتزم بدفع ثمن نقدي للبائع. وقد مرّ هذا العقد كما هو الحال في المجتمعات القديمة بمرحلة المقايضة وانتهى به التطور ليظهر تكيفه الحقيقي بظهور النقود التي كانت بمثابة الثمن.

ونتكلم عن أركان عقد البيع وعن آثاره ضمن المطلبين التاليين.

المطلب الأول

أركان عقد البيع

(التراضي - المبيع - الثمن)[1]

التراضي

يعتبر عقد البيع من العقود الرضائية، لذلك كان التراضي ركنه

(1) Paul Girard: Op. Cit., p. 534 et S.

الأساسي، أي أن البيع ينعقد بمجرد إتفاق الطرفين على المبيع والثمن. ولم يكن يشترط تسليم الشيء، أو تدوين محرر، أو أي إجراء شكلي آخر، فالكتابة لم تكن لازمة في عقد البيع وإن كانت تعتبر في هذه الحالة وسيلة من وسائل الاثبات.

وكان الغلط في ذات الشيء المبيع يؤدي إلى عدم إنعقاد العقد لأن ركن التراضي غير متوفر، أما الغلط في صفات الشيء المبيع فإنه لا يؤدّي إلى بطلان العقد، وإنما يكون للمشتري الحق في التعويض.

المبيع

وهو كل شيء يمكن التعامل به، فيمكن أن يكون منقولاً أو عقاراً، ويمكن أن يكون شيئاً مادياً كالأرض، أو شيئاً معنوياً كحقوق التركة، أو حقاً من الحقوق كالدين أو حق الارتفاق.

وثار الخلاف حول بيع الأشياء المثلية وهي التي يتم تحديدها بوزنها أو عدّها أو مقاسها، فذهب البعض إلى القول بعدم إنعقاد البيع الرضائي على الأشياء المثلية، ولكن جمهور الفقهاء يعتبرونه بيعاً صحيحاً إلا أنه لا يتم إلا بعد إفراز المبيع وتعيينه، وهذه النظرة الأخيرة أخذ بها الفقه الروماني أيضاً.

ويمكن أن يرد المبيع على أشياء موجودة وقت العقد، كما يمكن أن يرد على أشياء مستقبلية، مثل بيع المحصولات قبل نضوجها، أو بيع الثمار قبل ظهورها.

ولما كان عقد البيع ليس من العقود الناقلة للملكية في القانون الروماني، فقد أجاز الرومان بيع ملك الغير، إذ يتعهد البائع في هذه الحالة بأن ينقل إلى المشتري حيازة الشيء ويضمن له في نفس الوقت حيازة هادئة ومستمرة.

الثمن

يجب أن يكون الثمن من النقود، وهذا ما يفرّق بين البيع والمقايضة، رغم أنه كان هنالك بعض الفقهاء في المدرسة السابينية يرون إمكانية أن يكون الثمن شيئاً آخر غير النقود، أي أنهم كانوا يعتبرون المقايضة من أنواع البيع، ولكن إستقر الرأي في العصر العلمي على مذهب المدرسة البروكولية التي ترى عكس الرأي السابق.

كذلك يشترط أن يكون الثمن محدداً أو قابلاً للتحديد[1]، وأن يكون حقيقياً وليس صورياً أو تافهاً وإلا اعتبر مجرد هبة إذا توافرت الشروط الشكلية والموضوعية لتمام عقد الهبة.

المطلب الثاني

آثار عقد البيع

التزامات البائع

يلتزم البائع بتسليم الشيء بمجرد إنعقاد البيع، ولكن قد يحدث أن يكون التسليم مؤجلاً، وفي هذه الحالة يبقى المبيع ملكاً للبائع ويلتزم هذا الأخير بالمحافظة عليه حتى يسلمه للمشتري[2].

ولما كان عقد البيع عند الرومان لا يترتب عليه إنتقال ملكية الشيء المبيع، فإنه كان من العقود المنشئة للإلتزامات. والالتزام بالتسليم لا يتم إلا إذا انتقلت إلى المشتري الحيازة الهادئة، وطالما أنه لم يتعرض أحد للمشتري في حيازته، فليس له أن يشكو من عدم انتقال الملكية اليه كما أن الالتزام بالتسليم يستتبع وجوب تسليم ثمار الشيء من تاريخ إبرام العقد.

كما يضمن البائع الاستحقاق، فإذا ظهر مالك جديد خلاف البائع وتمكّن من استرداد الشيء المبيع، فيكون للمشتري أن يرجع على البائع بدعوى الضمان ومطالبته بالتعويض عما يصيبه من ضرر طبقاً لحسن نيّة البائع أو سوء نيته.

كما كان البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية، ويظهر ذلك في حال إخفاء البائع عن المشتري بعض العيوب التي يعلم بها، ففي هذه الحالة يحق للمشتري أن يرفع دعوى الشراء على البائع للحصول على تعويض عما يلحقه من ضرر. وكان القانون الروماني يقضي بضمان البائع للحصول على تعويض ما يلحقه من ضرر. وكان القانون الروماني يقضي بضمان البائع للعيب الخفي،

---

(1) مدونة جستنيان: المرجع السابق، الكتاب 3 ـ الباب 23 ـ بند ـ 1.

(2) Paul Girard: Op. Cit., p. 540.

أما إذا كان المشتري يعلم بالعيب أو كان العيب ظاهراً بحيث يسهل الكشف عنه فلا ضمان. وعلى أثر تطور القانون الروماني أصبح البائع يضمن العيوب الخفية ولو كان يجهلها.

التزامات المشتري

يلتزم المشتري بدفع الثمن نقداً وفوراً، إلا إذا اتفق على منح المشتري أجلاً للوفاء[1].

وكان على البائع أن يسلم الشيء المبيع أولاً، وهذا لا يعني أن مركز المشتري هو أفضل، لأن تسليم البائع للمبيع قبل الحصول على الثمن لن يضيره في شيء طالما أن الملكية تبقى للبائع إلى حين الوفاء بالثمن.

أما فيما يتعلق بتبعة الهلاك فطبقاً للقانون الروماني فإنها تقع على عاتق المشتري، فيظل المشتري يدفع الثمن رغم عدم حصوله على الشيء المبيع بسبب هلاكه بغير إرادة البائع.

ورغم القاعدة السابقة فإن تبعة الهلاك تقع على البائع في حالتين:

1 ـ حالة البيع المقترن بشرط واقف، إذ أن البيع لا يتحقق إلا بتحقق هذا الشرط، فإذا هلك الشيء المبيع قبل تحقق الشرط لم ينعقد البيع لعدم وجود محله.

2 ـ إذا ورد البيع على شيء مثلي، إذ أن القاعدة في القانون الروماني تنص على أن المثليات لا تهلك[2]، ومن ثم يمكن للبائع أن يقدم مثيلاً للشيء الذي هلك.

---

(1) A. E. Giffard: Op. Cit. p. 58 et s.

(2) الدكتور محمود السقا: المرجع السابق، ص 499.

الفصل الثاني

نظام الملكية والتعاقد في الشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم

عرف المجتمع الجاهلي نظام الملكية الفردية بمساحات صغيرة في المدن والقرى، وكان إحياء الأرض الموات من الوسائل التي تؤدي إلى ملكيتها إذا لم تكن مملوكة لأحد، كذلك عرف ذلك المجتمع الملكية الموقوفة، فقد كان من عادة الجاهليين أن يحبسوا الأرض والنخيل والكروم على أصنامهم، ويجعل بعضهم غلتها على أبناء السبيل فيضحى وقفاً محرماً لا يورّث ولا يباع[1]، وقد حرّم الاسلام مثل هذا الوقف لمنافاته لتعاليمه التي تدعو إلى الإيمان بالله الواحد.

أما في البادية فقد كانت الأرض ملكاً شائعاً لأفراد القبيلة، وكان السادة الأقوياء من رؤساء القبائل إذا مروا بأرض مكلئة أعجبتهم جعلوها لأنفسهم، ويسمونها «الحمى» لأنها تدخل في حمى السيد ونفوذه، وقد أبطل الاسلام هذا النظام وجعل الحمى ملكاً عاماً للمسلمين[2].

أما نظام التعاقد فقد كان عند البدو يتميّز بالبساطة، وقد اقتصرت معاملاتهم على عدد محدود من العقود كالمقايضة والبيع والهبة، أما في المدن والقرى فقد كان نظام التعاقد أكثر تشعّباً وتعقيداً لما امتازت به هذه المدن من تنوع في أساليب التعامل في الحياة التجارية والزراعية، وقد وجد إلى جانب العقود السابقة عقد الشركة والوكالة والكفالة والرهن والإجارة بصورها

(1) جواد علي، المرجع السابق، جـ 5، ص 239.

(2) جواد علي المرجع السابق، جـ 5 ص 267، وجـ 7 ص 149 ـ 150.

المتنوعة، وقد كانت هذه العقود تخضع لأحكام العرف لناحية كيفية انعقادها وطرق نفاذها والالتزامات المترتبة عليها.

وكان العقد يتمّ بتلاقي إرادة الطرفين دون أن تخضع هذه الإرادة لإجراءات شكلية محددة، وكان من عادة الجاهليين إذا أبرموا عقداً تصافقوا بأيديهم توثيقاً للاتفاق، وكان يغلب على العقود في المدن الشكل الكتابي بحيث كان يتولى تنظيمها بعض الكتّاب، وكان هذا الأمر من الظواهر المألوفة عندما ظهر الاسلام وخاصة بالنسبة للعقود المؤجلة التنفيذ فيقول تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا، إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه، وليكتب بينكم كاتب بالعدل﴾** (سورة البقرة ـ 282).

وسنبحث في نظام الملكية ونظام التعاقد في الشريعة الإسلامية على النحو الآتي:

المبحث الأول: نظام الملكية.

المبحث الثاني: نظام التعاقد.

المبحث الثالث: أهم أنواع العقود.

المبحث الأول

نظام الملكية

طرق اكتساب الملكية

تقوم فكرة الملكية في الاسلام على أساس أنها حق لله استخلف الانسان فيه، ويجب أن يوجّه هذا الحق لخير المجتمع، لذلك فقد أجيز لأولي الأمر في المجتمع الاسلامي أن يتولوا إدارة الملكية واستثمارها في سبيل تحقيق رقي الأمة وازدهارها.

والفقه الإسلامي يأخذ بالملكية الفردية والملكية الجماعية أيضاً، ولقد عني هذا الفقه بالتطبيقات العملية دون أن يلجأ إلى وضع النظريات العامة المجرّدة التي قد لا تتوافق مع الواقع في أحيان كثيرة.

والملكية الفردية تكتسب بإحدى العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة

والوصية والارث، كما تكتسب أيضاً بحيازة المال المباح أو بوضع اليد عليه. ويقرّر بعض الفقهاء أن هنالك أسباباً منشئة للملكية وتنحصر في الاستيلاء على المال المباح، وهو المال الذي لا يدخل في ملكية أحد، ويدخل في هذا الإطار الغنائم الحربية أيضاً، كما أن هنالك أسباباً ناقلة للملكية كالعقود بمختلف أنواعها والخلفية (الارث)، وهذين لا يثبت بهما ملك الشخص إلا إذا كان المال الذي ورد عليه العقد أو الميراث مملوكاً من قبل.

وهكذا يعتبر الفقهاء أن الإستيلاء على المال المباح يعتبر كوسيلة سابقة على طريقة انتقال الملكية بطريق العقد أو الميراث[1].

ويقسّم الفقهاء الأراضي إلى أراضٍ عشرية وأراضٍ خراجية، فالأراضي العشرية يملكها المسلمون ويفرض عليها ضريبة للدولة تسمّى «العشر»، أما الأراضي الخراجية فيملكها أهل الذمّة وتسمى الضريبة المترتبة عليها «الخراج»، وهي عبارة عن مال يدفع عمّا تخرجه الأرض، أو على ما تحتمله مع مراعاة مساحة الأرض ونوع زرعها وطريقة سقيها[2].

الملكية الجماعية

الملكية التي لا تعتبر مملوكة من قبل أي فرد تعتبر ملكاً للجماعة الاسلامية، ولا يستأثر بها أي فرد إلا بإذن الامام أو ولي الأمر الذي يستطيع أن يقطعها ليقوم الأفراد بإحيائها إن كانت مواتاً أو باستثمارها إذا كانت عامرة[3].

والأراضي التي تعتبر ملكاً للمنفعة الاسلامية العامة هي: أراضي البلاد المفتوحة عنوة، والأراضي الموات، والعقارات المخصصة للمرافق العامة، والوقف.

فالأراضي التي تفتح عنوة تكون غنيمة للمسلمين، فيكون الخمس لله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل[4]، أما الأخماس الأربعة الباقية فتقسم على المجاهدين الغانمين.

---

(1) محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعرف بالفقه الإسلامي، ص 376 - 377.

(2) راجع كتاب الخراج لأبي يوسف (يعقوب بن ابراهيم) المطبعة السلفية، القاهرة 1346 هـ ص 82.

(3) الخراج: المرجع السابق ص 68 - 69.

(4) يقول تعالى: ﴿واعلموا انما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ (سورة الأنفال آية 41).

وحين فتح المسلمون العراق والشام عنوة رأى الخليفة عمر أن من مصلحة المسلمين العامة عدم توزيع الأاضي بين الجند، لأن هذا الأمر سيشغلهم عن متابعة الفتوحات وان بقاءها في أيدي أهلها أجدى في استثمارها ودوام ريعها لذلك فقد أبقى هذه الأراضي في أيدي أصحابها على أن تكون رقبتها لبيت المال، وأن يكون خراجها وقفاً على المسلمين، وقد اتخذ الخليفة عمر هذا الرأي بعد استشارة معظم كبار الصحابة، كما طبق ذات المبدأ على مصر بعد فتحها[1].

أما الأراضي المفتوحة صلحاً فتبقى في أيدي أهلها وتخضع لضريبة العشر إن أسلم أهلها، وتخضع لضريبة الخراج إن آثروا البقاء على دينهم. أما الأراضي الموات وهي الأراضي غير المستثمرة فمن أحياها تملكها، ويتوقف الإحياء على إذن الإمام الذي ترجع له سلطة تقدير المنفعة التي تعود على الجماعة الاسلامية عند إعطاء مثل هذا الحق، وكل من اعتدى عليه يعتبر غاصباً. ويقرّر فقهاء المذهب الحنفي والمالكي أن الذمي يستوي مع المسلم في حق إحياء (الأراضي الموات).

وهنالك العقارات المخصصة للمنفعة العامة ولا يجوز تملكها من قبل الأفراد، غير أنه يجوز لولي الأمر أن يأذن باستثمارها أو إشغالها بما لا يتعارض مع المصلحة العامة، كما أنه يمكن نزع ملكية الأفراد إذا اقتضت الضرورة ذلك مقابل تعويضهم عن قيمة ما انتزع منهم من أجل النفع العام للمسلمين.

أما ملكية الوقف فتتضمن إخراج الشيء من ملك صاحبه وتحريم التصرف به وبذلك يحبس على جهة يعيّنها الواقف ويكون فيها نفع للمسلمين، وكان لهذا الأمر الأثر الكبير في تنشيط الثقافة الاسلامية ونشرها

---

(1) ويقول الإمام أبو يوسف في كتابه الخراج ص 32: «والذي رأى عمر رضي الله عنه من الامتناع من قسمة الأرض بين من افتتحها عندما عرّفه الله ما كان في كتابه من بيان ذلك، توفيقاً من الله كان له فيما صنع، وفيه كانت الخيرة لجميع المسلمين وفيما رآه من جمع خراج ذلك وقسمته بين المسلمين عموم النفع لجماعتهم، لأن هذا لو لم يكن موقوفاً على الناس في الاعطيات والأرزاق لم تشحن الثغور، ولم تقو الجيوش على السير في الجهاد، ولما أمن رجوع أهل الكفر إلى مدنهم إذا خلت من المقاتلة والمرتزقة.

من خلال وقف الاملاك وتخصيصها في إنشاء المدارس والمؤسسات الثقافية والدينية.

المبحث الثاني

نظام التعاقد

الشروط فيما يتعلق بالمتعاقدين

يشترط بالنسبة للمتعاقدين البلوغ والعقل والاختيار. فلا يصحّ بيع الصبي ولا شراؤه، وكذا بيع الذي يقوم به المجنون أو المغمى عليه أو السكران ولو رضي كل منهم بما فعل بعد زوال عذره.

ويشترط أن يكون البائع مالكاً أو ممّن له حق البيع عن المالك كالأب والجد للأب والوكيل والوصي. فلو باع الشخص ملك غيره فلا يعتبر صحيحاً إلا بإجازة المالك أو وليه ولا يكفي السكوت مع العلم ولا مع حضور العقد، فإذا لم يجزه المالك كان له أن ينتزعه من المشتري على أن يرجع المشتري على البائع بما دفعه إليه.

ويعتبر تصرف الأب والجد للأب صحيحاً بالنسبة للولد غير الرشيد وتنقطع ولايتهما بثبوت البلوغ والرشد، كما يعتبر عمل الوكيل جائزاً ما دام الموكل حياً له حق التصرف؛ ولا يمضي تصرف الوصي إلا بعد الوفاة. أما الحكم وأمينه فلا تقع ولايتهما إلا على المحجور عليه لصغرٍ أو سفهٍ أو فلس أو حكم على غائب[1].

مضمون وصيغة العقد

يتكون العقد وينشأ الالتزام فيه بتلاقي إرادة الطرفين، ومعنى العقد شرعاً إرتباط القبول بالإيجاب إرتباطاً يظهر أثره في المعقود عليه على وجه مشروع.

ويقصد بالإيجاب ما يصدر أولاً من كلام عن أحد المتعاقدين، أما القبول فيعني الرغبة والرضا بما قال الأول وبه يتم العقد، ومجموع الايجاب والقبول يسمى صيغة العقد.

---

(1) السيد أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن: شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، جـ 2 ـ النجف الاشرف 1969، ص 14 ـ 15.

أما ما يقع عليه التعاقد يسمّى المعقود عليه محل العقد، وللمتعاقدين إنشاء العقود المتنوعة بما لا يتناقض مع مقاصد الشريعة وأهدافها.

ولا بد من صياغة العقد بألفاظ معينة كي ينتج آثاره، ولا بدّ من جلاء معنى الصيغة، كما لا بدّ من توافق الايجاب والقبول، ولا بدّ من جزم الإرادتين.

ومعنى جلاء الصيغة أن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل دلالة واضحة على نوع العقد، ففي مبادلة مال بمال يجب استعمال لفظ البيع، وفي مبادلة المال بالمنفعة يجب إستعمال لفظ الإجارة، أو ما يفيد معناها من تمليك المنفعة بعوض.

كذلك يجب أن يوافق القبول الإيجاب ويطابقه، فإذا خالفه في موضوع العقد أو في مقدار العوض لا يعتبر قبولاً ولا ينعقد العقد المنشود.

كذلك لا بدّ من جزم الإرادتين، أي أن تكون الصيغة في الإيجاب والقبول مفيدة للبتّ على وجه لا تردّد فيه ولا تسويف، وإلا كانت نيّة الارتباط منتفية، لأن التردّد في حكم الرفض.

محل العقد[1]

وهو ما يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره ويسمى المعقود عليه. وقد يكون المحل من الأعيان المالية، وقد يكون من المنافع، وقد يكون من الأعمال، ففي الحالة الأولى يسمّى العقد بيعاً أو هبة أو رهناً، وفي الحالة الثانية يسمّى العقد إجارة، أو إعارة، وفي الحالة الثالثة يسمّى العقد إستصناعاً أو مزارعة أو وكالة إلى غير ذلك[2].

---

(1) أنظر بالتفصيل: الاستاذ محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعرّف بالفقه الإسلامي، ص 483 وما بعدها.

(2) لم ترد إلا بعض النصوص القليلة بالنسبة للتعاقد في التوراة، وقد وردت بعض النصوص المتعلقة بالرهن بحيث يلزم الدائن الذي يرتهن ثوب مدينة الفقير أن يرد اليه الثوب عند غروب الشمس، وفي عقد القرض تحرم الشريعة اليهودية تقاضي أية فائدة من اليهودي المقترض ولا يسري هذا الأمر على الأجانب، وفي عقد العمل تقضي الشريعة دفع الأجر إلى العامل قبل غروب الشمس، كما حرمت الشريعة اليهودية الغش في المكاييل والموازين وألزمت فاعل الضرر بالتعويض على المضرور. أنظر سفر التثنية الاصحاح 24 ـ 25.

وقد اشترط في محل العقد الشروط الآتية:

1 ـ يجب أن يكون المعقود عليه موجوداً وقت العقد، أو متوقعاً وجوده في المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد، ففي البيع يقتضي وجود العين المالية، أما في الإجارة والإعارة كلاهما يُرد على منفعة غير موجودة وقت التعاقد فلا يشترط وجودها.

2 ـ أن يكون محل العقد قابلاً لحكم العقد شرعاً، فإذا كان لا يقبله لا يصح العقد ويكون باطلاً، كأن يكون الشيء مالاً غير متقوم كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، فلا يصح بيعهما ولا هبتهما ولا الوصية بهما، أو كأن يكون الشيء مباحاً كالسمك في البحر والطير في الهواء، فلا يجوز بيع شيء منهما إلا بعد الاستيلاء عليهما.

3 ـ أن يكون محل العقد معلوماً لطرفي العقد، بحيث ينفي الجهالة المفضية إلى النزاع بين المتعاقدين، ويحصل ذلك بالإشارة إلى المعقود عليه، أو برؤيته عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه، أو بوصفه وصفاً مانعاً للجهالة.

4 ـ أن يكون محلّ العقد مقدوراً على تسليمه وقت التعاقد، فلا يجوز بيع الحيوان بعد فراره للعجز عن التسليم[1].

إثبات العقد

الأصل في إثبات العقد الشهادة، فلا تكفي الكتابة للإثبات ولا بدّ من استشهاد رجلين، أو رجل وامرأتين[2]. وقد استثنى من الكتابة حالتان:

الأولى: أن يبرم العقد في سفر ولا يوجد كاتب يكتب العقد، فيقوم مقام الكتابة رهن يدفعه المدين إلى الدائن فيقول تعالى: ﴿**وإن كنتم على سفر**

---

(1) أنظر بالتفصيل بدران أبو العينين بدران، محاضرات في الشريعة الإسلامية ص 233 وما بعدها.

(2) يقول تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى...﴾ (سورة البقرة 282).

ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ (سورة البقرة 283).

الثانية: البيوع التجارية، وفي ذلك يقول تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم، فليس عليكم جناح ألا تكتبوها﴾. (سورة البقرة 282).

المبحث الثالث

أنواع العقود

عقد البيع

أجازت الشريعة الإسلامية للمتعاقدين إنشاء ما يلزم من العقود، على أن يكون كل طرف ملزماً بالتنفيذ وذلك بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾. ولكن الشريعة الإسلامية إشترطت أن تكون الإرادة خالية من العيوب، وأن تكون العقود غير مخالفة لمقاصد الشريعة وأهدافها، وفي ذلك يقول الرسول الكريم: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».

وعقد البيع أهم العقود وأكثرها شيوعاً في التعامل والاتجار، وقد تعدّدت أنواع البيوع في الجاهلية كبيع الحصاة، والملامسة، والمنابذة وبيع النسيئة[1]. وعندما ظهر الاسلام نهى عن هذه البيوع لأنها تقوم على جهالة المبيع وتغرير البائع وهذا أمر غير مشروع لأن فيه مخاطرة تحمل الضرر.

العربون

العربون وهو ما يقدّمه المشتري للبائع من الثمن بعد إمضاء البيع، فإذا نكل خسر عربونه وصار حقاً للبائع، وكان هذا الأمر مألوفاً في الجاهلية. إلا أنه روي عن أن الرسول نهى عنه لأنّ ما يأخذه البائع في حال تكول المشتري يعتبر بغير عوض، وما كان بغير عوض فهو ربا.

أما جمهور الفقهاء فقد أجازوا العربون إذا احتسب من الثمن في حال إمضاء البيع، ولم يجيزوا احتفاظ البائع به عند نكول المشتري. وخالف في

(1) بيع النسيئة: هو أن يؤجل البائع الثمن مع زيادته، فيقول البائع للمشتري أبيك هذا المتاع نقداً بدينار ونسيئة بدينارين.

ذلك الإمام أحمد بن حنبل فقد أجاز البيع بالعربون، ولم يفرّق بين نكول البائع والمشتري.

أما عقد الربا فقد نهى عنه الاسلام وحرّمه، كما حرّم جميع الوسائل المفضية إليه، كما رأينا عند دراستنا لأحكام التشريع الإسلامي[1].

الإجارة

الإجارة عبارة عن عقد يقوم على مبادلة منفعة عين أو مبادلة عمل بمال هو الأجرة. وكانت إجارة العمل والإستصناع واسعة في مكة لحاجة التجارة اليها، وكانت العقود الزراعية منتشرة في يثرب والطائف والمدن التي تمارس الزراعة.

وقد جاء الإسلام وحمى حقوق الأجير، كما أخذ بالقواعد العرفية المتبعة في تنظيم علاقة المؤجر بالمستأجر أو العامل، غير أنه منع الاستغلال، ومنح الضمانات الوافية لاستيفاء المنفعة وحسن استعمال المأجور.

عقود القرض أو التسليف

عقد القرض أو التسليف هو العقد الذي يسلم بموجبه المقرض مالاً إلى المقترض ليعيد إليه مثله، فقد كان مألوفاً في الجاهلية حيث كان الناس يقرضون المال بطريق البيع، فيبيع الرجل السلعة إلى المشتري ويشترط عليه رد ضعفها في مدة معلومة وتكون الزيادة رباً. وقد نهى الاسلام عن هذا البيع، ومنع في القرض تقاضي أي زيادة أو منفعة غير الأجر والشكر.

كذلك أجمع الفقهاء على أن المسلف إذا إشترط على المستلف زيادة أو هدية فقد اعتبر هذا الأمر رباً، وقد عرف الاستلاف من بيت المال في الإسلام، فقد استلف منه بعض الخلفاء والعمال وكبار الرجال لحاجتهم للمال لتشغيله في التجارة أو استخدامه في المشاريع الزراعية، إلى غير ذلك من السلف والقروض[2].

---

(1) كذلك ورد التحريم في التوراة وحرّم اليهود التعامل بالربا فيما بينهم وأحلوه في تعاملهم مع الغير. سفر الخروج: الإصحاح 22.

(2) جواد علي: المفصل في تاريخ العرب، جـ 7، ص 411 ـ 412.

عقد الشركة

كانت الشركات معروفة في المجتمع الجاهلي، فقد يشترك شخصان أحدهما يقدم رأس المال ويقدم الآخر خبرته ويقتسما الربح بينهما، وتسمى الشركة مضاربة، كما قد يشترك الشركاء في جميع ما يملكون من أموال وفي الربح والخسارة، وتسمى الشركة مفاوضة[1]، كما كانت هنالك شركات المزارعة والمساقاة أو المغارسة التي تقوم على أساس استثمار الأرض المزروعة أو المغروسة، بحيث يقدّم أحد الشركاء الأرض ويقدّم الآخر العمل والجهد.

وقد أقرّ الاسلام هذه الشركات وأخذ بأعرافها واستبعد منها ما كان فيه شبهه الغرر والإستغلال.

---

(1) مفاوضة مأخوذة من التفاوض في الحديث، فيقال فاوضت فلاناً أي دفعت إليه مالاً ليتجر فيه ويكون الربح بيننا على ما شرطنا، وقد قال الامام الشافعي والامام أحمد بن حنبل على أن هذه الشركة باطلة لأنها تتضمن شبهة الغرر والاستغلال.

أنظر جواد علي: المرجع السابق، جـ 7، ص 434 وابن رشد: بداية المجتهد، القاهرة 1952، جـ 2، ص 276.

الباب الرابع

النظام العقابي

تمهيد

تهدف النظم العقابية إلى تحقيق الاستقرار والنظام في العلاقات بين الأفراد ونشر العدالة والقضاء على مظاهر الفساد والجريمة في المجتمع، ورغم هذه الأهداف المشتركة للعقوبات فإن وسائل تحقيقها يتميّز في الشريعة الاسلامية عما هو مستقر في التشريعات الوضعية، إلى جانب ما يتعلق بها من صفة رادعة نتيجة للعذاب الشديد الذي يلقاه المذنب في الحياة الآخرة.

وإذا كانت النظم العقابية في التشريعات الرومانية لم تكن شاملة أو كاملة بل صدرت في قوانين مختلفة متعاقبة، فإن أحكامها في الشريعة الاسلامية وردت في القرآن الكريم بصورة متكاملة ومرنة، ففي الحالات التي حدّدت فيها مقدار ونوع العقوبة تكون بذلك قد قضتْ على كل تأويل أو تفسير ويصبح من الواجب تطبيقها كما وردت دون أي تعديل، في أي مكان أو زمان، وفي الحالات الأخرى فإن أمر تقريرها يرجع لأولي الأمر عن طريق الاجتهاد وفق ما تمليه المصلحة العامة للمسلمين وما تقتضيه مبادئ العدالة والانصاف والحق.

وسنحاول التطرّق بشكل موجز إلى أهم النظم العقابية سواء لناحية نوع الجريمة أو الجزاء المقرر لها في التشريع الروماني وفي الشريعة الإسلامية في الفصلين التاليين.

الفصل الأول

التنظيم العقابي في القانون الروماني

الجرائم العامة والجرائم الخاصة

قام تنظيم القواعد الجزائية في التشريع الروماني على أساس تقسيم الجرائم إلى جرائم عامّة وجرائم خاصة، وتتحدّد تبعاً لذلك أنواع العقوبات المقرّرة لها وما يمكن أن يترتّب عليها من آثار مالية.

وتتمثل الجرائم العامّة بخيانة الدولة، والحريق المتعمد، والقتل، والادلاء بشهادة كاذبة، والهرب من الجندية.

ويعتبر من الجرائم العامة، الاعتداء على الآلهة أو على الديانة، أو على أماكن العبادة. وتقام الدعوى بشأن هذه الجرائم من قبل أي فرد من مواطني الدولة الرومانية، وتوقع العقوبات على الفرد المسؤول عنها من قبل الدولة.

أما الجرائم الخاصة فقد حدّدت بالسرقة، والاضرار بأموال الغير، وعدم الوفاء بالدين، والضرب، والجرح.

ورفع الدعوى بشأن الجرائم الخاصة يتم من قبل من يرتكب ضدّه أي جريمة من الجرائم المذكورة.

وعلى سبيل المثال في جريمة السرقة تكون العقوبة موكولة إلى الشخص المجني عليه، إذ يجوز له أن يقتل السارق بنفسه إذا وجد هذا الأخير متلبساً في جرم السرقة أثناء الليل، أما أثناء النهار، فيجلد ويسلّم إلى المجنى عليه ويكون مركزه بحكم الرقيق إذا كان من الاحرار، أما إذا كان من الرقيق فعقوبته

الاعدام بعد الجلد[1].

ويجوز في كل الحالات المشار اليها إغفال العقوبة البدنية إذا تمّ الاتفاق على مبلغ يدفعه السارق إلى المجنى عليه في جريمة السرقة.

أما في غير حالات التلبّس في جرم السـرقة فإنه يتعيّن اتباع اجراءات شبيهة باجراءات دعوى القسم والرهان، وفي حال ثبوت الجريمة يلتزم السـارق بدفع تعويض أو ديّة إلى المجنى عليه.

ووردت العقوبات التي توقّع على حائز الأموال المسـروقة وإن لم يرتكب فعل السرقة وهي عبارة عن غرامة مقدارها ثلاثة أمثال المال المسـروق.

ومن الملاحظ أن هذه الأحكام ألغيتْ في عهد الامبراطور جستنيان وتقرّر لعقوبة السرقة غرامة مقدارها أربعة أمثال المال المسـروق في حال التلبّـس ولم تجز قتل السارق إلا في حالة الدفاع عن النفس، وفي الحالات الأخرى في مواجهة السـارق الذي لم يضبط متلبساً بجريمة أو من يخفي الاشياء المسـروقة فإن العقوبة تكون مثلي قيمة الشيء المسـروق.

أما جرائم الاضرار بالغير فإنها تتمثل بترك الشخص ماشيته في أرض الغير، وقطع أشجار الغير، وإتلاف المحصولات الزراعية، والاهمال المسـبّب لحريق دار الغير، وقتل الرقيق، والحيوانات المملوكة للغير.

وقد ورد العقاب لبعض هذه الأفعال في القوانين القديمة، والبعض الآخَر ورد بقانون أكويليا الصادر سنة 289 ق.م.

إضافة إلى ذلك فقد نُصّ على جرائم أخَرى، كجريمة الاكراه التي تقضي بإجبار الشخص على التصرّف خلافاً لارادته، وجريمة الغش الذي يترتب عليه الضرر، وجريمة غش الدائنين.

---

(1) بقيت السرقة طيلة عصور القانون الروماني من الجرائم الخاصة على خلاف جريمة القتل التي اعتبرت من الجرائم العامة، وانصرف مدلول السرقة إلى الأشياء المادية المنقولة كما انصرف إلى المنافع والحيازة.

أنظر: الدكتور صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية: القاهرة 1986، ص 425.

واعتبر تعويض المجنى عليه في الحالات المشار اليها التزاماً شخصياً من الجاني سببه الجريمة[1].

جرائم الاعتداء على جسم الانسان

تتناول جرائم الاعتداء على جسم الانسان في القانون الروماني كل ما من شأنه أن يلحق الضرر به ومنها الجروح والكسور، إضافة إلى المعاقبة على فعل الضرب بحد ذاته.

فجريمة الاضرار بعضو من جسم الانسان، كفقأ العين، أو قطع الذراع، أو قطع الساق، أو قطع الأنف، أو قطع الأذن، يعاقب عليها بالقصاص، ويجوز الاتفاق على دية بين المعتدي والمعتدى عليه.

أما جريمة كسر العظم فعقوبتها غرامة مالية دائماً، كذلك الحال بالنسبة إلى فعل الضرب.

وقد ألحق بالجرائم الخاصة، الاعتداء على الأشخاص بالسَّبِّ والقذف، وانتهاك الشرف، واعتبر من هذا القبيل الاعتداء على شرف الابن أو الزوجة أو الرقيق اعتداء غير مباشر على ربّ الاسرة، بالاضافة إلى اعتباره اعتداء مباشراً على من وجّه إليه.

وهذه الأفعال ورد ذكرها في قانون كورنيليا، كما تضمّن أيضاً جرائم الاعتداء والايذاء، وقرّر دعوى إيذاء تكون لكل من يشكو إهانة وقعت عليه من دفع اليد أو ضرب، أو يتظلم من اقتحام منزله ودخوله فيه عنوة من قبل أي فرد[2].

وفي الحالات التي يقرّر القاضي بشأنها دفع تعويض للمجنى عليه، يجوز لهذا الأخير إذا لم يقم المعتدي بدفع التعويض المترتّب في ذمته استلام الجاني وتقييده بالاغلال والتصرف به كيفما يشاء، باعتباره مديناً، إلى أن تقرّر حكم الاكتفاء بفرض غرامة أو إنزال العقوبة البدنية من قبل القضاء على شخصه.

---

(1) الدكتور ابراهيم عبد الكريم الغازي، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، جامعة بغداد 1973، ص 235.

(2) مدونة جستنيان: المرجع السابق، ص 262 ـ 263.

وكما هو الحال بالنسبة للتعويض الواجب دفعه من السارق أو المسبب الضرر للغير واعتباره التزاماً مصدره الجريمة، فإن التعويض أو الدية المتفق عليها بسبب الجروح أو الضرب أو الاعتداء على الشرف أو السبّ يعتبر إلتزاماً مصدره الجريمة.

ومن الملاحظ أن التعويض في الحالات المشار إليها يترك تقديره إلى المجنى عليه، فقد ورد في مدوّنة جستنيان: «وقد صرّح الحكام لمن أصابه الأذى أن يقدّر بنفسه قيمة ما يستحقّه من التعويض، وأن يكون للقاضي الحكم له بهذه القيمة، أو بأقل منها بحسب ما يراه الأعدل والأولى. ولقد بطل العقاب الذي قرّرته الألواح الاثني عشر لعدم استعماله. والجاري الآن هو إتخاذ قيم المجنى عليهم أساساً لتقدير التعويض، فهذا التقدير يزيد أو ينقص تبعاً لمركز كل شخص ودرجة اعتباره بين الناس، والعقل يقضي بأن المفاضلة بين الأحرار ينبغي أن تراعى أيضاً فيما يتعلق بالاهانات الواقعة على العبد...»[1].

شبه الجرائم

أضيفت إلى الأفعال التي تعتبر جرائم بعض الأفعال التي تسبّب إضراراً للغير نتيجة لخطأ أو إهمال، وقد أطلق عليها شبه الجرائم، وتمّ مثل هذا الأمر في عهد الامبراطور جستنيان[2].

ومن هذه الأفعال، مخالفة القاضي لقواعد القانون والعدالة عند النظر في الدعوى بين الخصوم، وهدم جدار الدار، ورمي المياه أو الحجارة من الدار إلى الطريق.

بالاضافة إلى ذلك فقد اعتبر كل من ربّان السفينة، أو صاحب النزل أو صاحب الاصطبل، مسؤولاً عن السرقات والاضرار التي تحدث للغير أثناء وجودهم في السفينة أو النزل أو الاصطبل، واعتبرت مسؤوليتهم ممّا يشبه الجريمة.

وكان يحكم بالتعويض عن مثل هذه الأفعال التي كان يطلق عليها شبه

---

(1) مدونة جستيان، المرجع السابق، ص 266.

(2) مدونة جستيان: المرجع السابق، ص 246، وما بعدها.

الجرائم، ويعتبر هذا التعويض إلتزاماً مصدره شبه الجريمة، وإن لم يكن من يعتبر مسؤولاً عن فعل شبه الجريمة، كالربّان وصاحب النزل أو صاحب الاصطبل أي دخل فيما يحدث للغير من اضرار أو سرقة.

الجرائم الواردة في قانون اكويليا (Lex Aquilia)

أورد قانون اكويليا الصادر من مجلس العامة في أوائل القرن الثالث قبل الميلاد حالات الخطأ في صور معيّنة على سبيل الحصر واعتبرها من الجرائم الخاصة، وعمد الفقه إلى محاولة مدّ نطاق تطبيق هذا القانون بحيث يشمل معظم حالات الاضرار بمال الغير ولكن لم يترتّب على ذلك وضع مبدأ عام بمساءلة مرتكب من ارتكب خطأ بالتعويض.

وقد وردت الحالات التي عاقب عليها قانون اكويليا على النحو الآتي:

أولاً - قتل عبد أو حيوان من الحيوانات التي تعيش في قطيع، وفي هذه الحالة تكون العقوبة المقررة هي أعلى قيمة للعبد أو الحيوان خلال السنة السابقة على ارتكاب الجريمة.

ثانياً - جريمة قيام الدائن المنضمّ بابراء المدين من الدين إضراراً بالدائن الأصلي، وقد فقدت هذه الحالة أهميتها بعدما تقرّر للدائن الأصلي حق رفع دعوى الوكالة ضد الدائن المنضمّ.

ثالثاً - جرح عبد أو حيوان، أو جرح أو موت حيوان، أو حرق أو كسر أو قطع أي شيء مادي آخر.

والعقوبة المقررة في هذه الحالات الأخيرة هي الغرامة المقدرة بأعلى قيمة وصل اليها الشيء خلال الثلاثين يوماً السابقة على ارتكاب الجريمة.

ولا بدّ من توافر الخطأ لقيام مسؤولية الفاعل وان كان يكتفي بالخطأ اليسير، ومن ثم لا قيام للمسؤولية إذا حدث الضرر نتيجة قوة قاهرة لا يد للفاعل فيها، كما لا بدّ أن يكون الضرر نجم مباشرة عن فعل الفاعل، ولا يكفي مجرد التسبب في حدوثه، إلا أن مثل هذه القاعدة توسّع الفقهاء في تفسيرها، وأصبحت المسؤولية تقوم بمجرد التسبّب في الضرر ولو لم يكن هنالك أي فعل مادي وقع من جسم الفاعل على جسم الحيوان أو العبد أو

ذات الشيء، وكان البريتور في مثل هذه الحالات يمنح الدعاوى البريتورية[1].

وإذا كان قانون اكويليا قد أورد صورَ الضرر على سبيل الحصر، فإن الفقهاء توسعوا أيضاً في تفسير معنى الضرر، بحيث أصبحت كل صورَ الاتلاف تتناولها أحكام القانون المذكور ودخل إلى جانب تقدير الضرر على أساس القيمة المادية مصلحة المجني عليه بما لحق به من خسارة أو بما فاته من كسب مادي[2].

---

(1) نظم جستنيان: 4، 3، 16.

(2) الدكتور صوفي أبو طالب: المرجع السابق، ص 441.

الفصل الثاني

التنظيم العقابي في التشريع الاسلامي

تمهيد

تتنوّع العقوبات في التشريع الاسلامي وفق ما تمليه حماية مصالح الجماعة والأفراد ممّا يضفي عليها المرونة والواقعية وتجعلها ملائمة للقضاء على الجريمة في المجتمع ونشر روح العدالة بين الناس وتحقيق الانسجام الكامل في مختلف الميادين الانسانية وحفظ التوازن لاستمرار حياة البشر بعيدة عن نوازع الشر لتحكمها المثل الأخلاقية القائمة على المحبة والتعاون والبرّ والتقوى.

وباعتبار الشريعة الاسلامية شريعة سماوية انزلت عن طريق الوحي على الرسول الكريم ﷺ، فإن أحكام العقوبات الواردة فيها تتخذ أحياناً مفهوماً متميّزاً عما هو سائد في التشريعات الوضعية أو الدينية الأخرى، ويمكن بصفة أصلية أن نميّز شأنها بين الحدود والقصاص والتعزير.

أما الحدود[1] فهي العقوبات المقدّرة حقاً لله تعالى ومحدّدة النوع والمقدار، فلا يترك لولي الأمر سوى الحكم بها في حال توافر شروط تطبيقها، ومقرّرة لحماية مصلحة الجماعة العامة والنظام ولا تسقط بالعفو.

---

(1) الحدود جمع حدّ والحد في اللغة المنع، مثال ذلك في المحسوسات حدود الأرض وفي المعنويات كالعقوبات فإنها تمنع مرتكب الجريمة من العود لمثل عمله وتمنع غيره عن طريق الاعتبار فهي مانعة زاجرة، والحد في الاصطلاح الشرعي يعني تلك الأحكام من الحلال والحرام «تلك حدود الله فلا تقربوها» ويراد بها الفصل بين الحرام والحلال:

الدكتور عبد السلام الشريف: النظام العقابي في الشريعة الاسلامية، الجماهيرية الليبية 1991 ص 7.

أما القصاص رغم كونه من العقوبات المقدّرة فيوجب حقاً لله وللانسان، ومن ثم يمكن للمجني عليه حق العفو عن الجاني على عكس ما توجبه جرائم الحدود.

وهنالك بعض أصناف العقوبات غير المقدّرة وتسمّى بالتعازير ترك أمر تقديرها لولاة الأمر الذين يراعون في فرضها المصلحة العامة وشخصية الجاني والمبادئ التي قررتها الشريعة الاسلامية.

وموضوع دراستنا يتناول الحدود والقصاص والتعزير في المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول

الحدود

حد الزنا

على خلاف التشريعات الوضعية، فإن الشريعة الاسلامية تقرر قيام جريمة الزنا من متزوج أو من غير متزوج، وبذلك لم تعتبر الزواج ركناً من أركانها، وإن ميّزت بين الحالتين في مجال العقوبة، فجعلت عقوبة البكر سواء كان ذكراً أم أنثى مائة جلدة، فيقول تعالى: **﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾** (سورة النور، آية 2)، وجعلت عقوبة المحصّن الجلد والرجم، أي القتل رمياً بالحجارة، والأصل في الرجم حديث الرسول وما فرضه من عقوبة فعلية، وبذلك يعتبر من قبيل السنة القولية والفعلية، ويجري تنفيذه بصورة علنية لقوله تعالى: **﴿... وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾** (سورة النور آية 2).

ويستلزم التشريع الاسلامي إجراءات غير عادية في إثبات جريمة الزنا، ففي حال الشهادة فإن الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود لقوله تعالى: **﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾** (سورة النساء آية 51)، أو عن طريق الاقرار من عاقل وحرّ الارادة والتثبت من صحته[1].

---

(1) فقد روى عن الرسول في موضوع ماعز والغامدية، ان سمع اقرار ماعز أربع مرات وسأله الرسول بعد ذلك بما قام به ولما تأكد من فعله أمر برجمه، ولما أتت الغامدية بإقرارها ردّها الرسول، ثم أتت اليه =

حدّ القذف

القذف في الشريعة الاسلامية يعني رمي المحصَن بالزنا، أو نفي النسب عنه، دون إثبات ما قذف به، وينصرف معنى الاحصان إلى العفّة عن الزنا دون اشتراط أن تكون المرأة متزوجة، فيجب الحدّ على من قذف المحصَن إذا كان القاذف مكلفاً أو المقذوف محصناً رجلاً كان أو امرأة[1].

ومصدر القذف قوله تعالى: ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون**﴾ (سورة التوبة 4). ويتبين من الآية أنها جعلت لحد القذف عقوبة أصلية تتمثل بثمانين جلدة وعقوبة أخرى تبعية تتمثل بعدم قبول شهادة القاذف الذي لا يستطيع إثبات ما يدّعيه على المقذوف عليه.

حدّ الشرب

لم يرد حدّ الشرب في نصوص الشريعة الاسلامية، ومن الفقهاء من قال بثمانين جلدة قياساً على حدّ القذف، والخليفة عمر طبّق هذا المقدار، كما طبقه الخليفة علي، لأنّ الشخص إذا شرب سكر، وإذا سكر هذي وإذا هذى افترى وعلى المفتري تطبيق هذا الحد، وبذات الرأي أخذ أبو حنيفة ومالك وأحمد، ومن قال به اعتمد على أساس أنه يعتبر من قبيل الاجماع، والاجماع من مصادر التشريع الاسلامي[2].

وذهب رأي آخر للقول بأن الحدّ عبارة عن أربعين جلدة ولا مانع من زيادتها إلى ثمانين جلدة تعزيراً إذا رأى الامام ذلك، ومن هذا الرأي الامام الشافعي الذي استند أيضاً إلى ما طبّقه الخليفة أبو بكر، والخليفة علي، ولما روى عن الرسول في اعتماد هذا الحدّ[3].

= تعلن أنها حبلى، فأمرها بالذهاب حتى تلد، فلما ولدت رجعت اليه، فأمرها بالذهاب حتى تفطم المولود فلما رجعت دفع الرسول الكريم الصبي إلى أحد المسلمين وأمر الناس برجمها:

فخر الدين عثمان الزيلعي: تبين الحقائق: جـ 3، ص 166.

(1) الدكتور.عبد الخالق النواوي: التشريع الجنائي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ـ المكتبة العصرية ـ بيروت، ص 136.

(2) الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 112.

(3) الدكتور أحمد المصري: الحدود والأشربة في الفقه الاسلامي، عمان 1980 ص 259.

حد السرقة

تقرّر حدّ السرقة في الشريعة الاسلامية بالنص وبالسنة وبالاجماع، وينصرف مدلول السرقة إلى أخذ مال الغير خفية ودون رضاة مع علم السارق بأنه يأخذ مالاً حراماً.

وقد اجتهد العلماء في مجال حد السرقة من حيث استلزام بعض الشروط التي تبرّر تطبيقها على المكلّف، فمن حيث نصاب السرقة أوجبوا حداً أدنى له اختلفوا في تقديره، مما يعني أنه خاضع للاجتهاد في كل مكان وزمان، ومن حيث طبيعة المال اشترطوا بألا يكون مباحاً، أو متروكاً، ومن حيث شروطها أوجبوا ألا يكون الانسان مضطراً إلى السرقة بسبب جوع أو حرمان أو غير ذلك لقول الرسول الكريم «إدرأوا الحدود بالشبهات».

فإذا تحققت أركان الجريمة وجب توقيع الحدّ وهو قطع يد السارق لقوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءاً بما كسبا نكالاً...**﴾ (سورة المائدة آية 38 و39)، ولا خلاف بأن السارق لأول مرة يقطع منه يده اليمنى من مفصل الكفّ، وعند أهل الشيعة يجري القطع من أصول الأصابع، وإذا سرق مرّة ثانية قطعت رجله اليسرى، وإذا سرق مرة ثالثة اختلف الفقهاء في التقدير، فمنهم من قال بتعزيزه، ومنهم من قال بقطع يده اليسرى[1].

حدّ الحرابة

تعني الحرابة الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة وليس خفيةً، وهي تتلازم مع إخافة الطريق، أو أخذ المال، أو قتل إنسان، أو أخذ المال والقتل، وهذه العناصر تجعل من الانسان محارباً وليس سارقاً.

وتحريم الحرابة ورد في قوله تعالى: ﴿**إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وارجلهم من خلاف، أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم**﴾ (سورة المائدة آية 33 و34).

ويحتمل النص ان يفسّر حرف (أو) في مجال التفصيل وبذلك تقدر

---

(1) المغني لابن قدامة، جـ 10 ص 264 ـ 272.

عقوبة لكل جريمة بحد ذاتها، فإذا ارتكب المحارب جريمة قتل كان جزاءه القتل، وإذا ارتكب جرم سرقة كانت عقوبته قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى، وإذا أخاف الطريق نفي، وإذا ارتكب جرم القتل وأخذ المال قتل وصلب[1].

وإذا فسّر حرف (أو) في معنى التخيير، فإن ذلك يتيح لولي الأمر أن يختار العقوبة التي يراها مناسبة في النص مقدراً في ذلك مصلحة الأمة ودفع الفساد عنها.

وتطبق العقوبة على المسلمين وغير المسلمين من أهل الذمة ما دام يقيم في دار الاسلام وتحققت شروط تطبيقها.

حدّ البغي

البغي في عرف الفقهاء هو الخروج على طاعة إمام الحق، أو الخروج على طاعته بطريق الغلبة، ومن اتبع هذا الطريق عدّ باغياً ووجب قتله.

ويستند حدّ البغي إلى قوله تعالى: **﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهم بالعدل واقسطوا ان الله يحبّ المقسطين..﴾** (سورة الحجرات 9 ـ 10).

يستخلص من نصّ الآية وجوب العمل على إظهار خطأ من بغى وإرشاده إلى طريق الجماعة، فإذا امتنع قاتله الامام حتى يرجع، فإذا فاء إلى أمر الله سقط عنه القتل، وإذا رفض استمرّ في قتاله حتى يقضي عليه[2].

حدّ الردّة

الردّة لغة تعني الرجوع، وشرعاً تعني رجوع المسلم العاقل والبالغ عن الاسلام إلى الكفر باختياره لا فرق في ذلك بين الذكور والاناث، وبذلك لا عبرة بارتداد غير المكلّف كالصبي والمجنون أو المكرة على التلفظ بكلمة الكفر[3].

---

(1) السياسة الشرعية لابن تيمية، ص 41.

(2) المغني لابن قدامة جـ 10، ص 53.

(3) الدكتور أبو الحمد موسى: الدكتور محمود المكاري: الدكتور منصور الجرجري: الجرائم والعقوبات في الشريعة الاسلامية، جامعة الأزهر 1975، ص 111 وما بعدها.

والارتداد من الجرائم الكبرى التي تستوجب عقوبة القتل، فيقول تعالى: **﴿من يرتدّ منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾** (سورة البقرة ـ آية 217).

ويتفق العلماء على إعطاء فرصة للمرتد للرجوع إلى الاسلام، فإذا رجع بعد مناقشته واقتناعه قبلت توبته وإلا أقيم عليه الحد.

المبحث الثاني

القصاص

معنى القصاص ومشروعيته

ينصرف المعنى الشرعي للقصاص إلى العقوبة المقدّرة بالمماثلة التي تجب حقاً للعبد، ولولي الدم حق العفو عنها مطلقاً أو في مقابل مال، على خلاف جريمة الحدود التي تجب حقاً لله[1].

وقد شرع القصاص في الشريعة الاسلامية من أجل الحفاظ على حياة الأفراد وأمنهم واستقرارهم والحفاظ على المصالح العامة في المجتمع، ويجد أساسه في الكتاب والسنة والاجماع وحكم العقل، ومن النصوص التي فصلت في هذا الموضوع قوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر، والعبد بالعبد، والأنثى بالأنثى، فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم، ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾** (سورة البقرة ـ آية 178 و179).

والرسول الكريم كان يحكم بالقصاص، ويدعو في بعض الاحيان إلى العفو في ظروف معيّنة، كما أجمعت الأمة الاسلامية على توقيع القصاص والأخذ به في القتل والجرح والقطع إذا كان متعمداً مع إمكان المساواة في القطع والجرح وذلك جزاء لفعل الجاني مهما علت مرتبته، كما أن العقل يبيح العقوبات في حال توافرت شروطها من أجل رفع الظلم عن المجني عليه

---

(1) أحمد الحصري: القصاص، الديات ـ العصيان المسلح في الفقه الاسلامي، الاردن 1974، ص 22 وما بعدها.

وتحقيق أهدافها في الردع العام والردع الخاص ونشر العدالة بين الناس.

شروط توقيع القصاص

يشترط لتوقيع القصاص في القتل وقوع الجريمة على إنسان حيّ شرط أن يكون القتيل معصوماً أي غير مهدر الدم، كما يشترط أن يقع فعل القتل نتيجة لفعل الجاني مهما كانت الوسيلة المستعملة، وان يقصد الجاني فعل القتل وإلا وقعت جريمته في نطاق القتل شبه العمدي، أو القتل بطريق الخطأ، وينصرف المعنى الأخير إلى عدم التحرّز كالإهمال أو الرعونة المؤدية إلى الوفاة.

ويشترط لتوقيع القصاص على الجاني أن يكون عاقلاً بالغاً، وبذلك لا يوقّع على المجنون أو الصغير، كذلك يشترط فيمن تخوّله الشريعة إستيفاء القصاص أن يكون بالغاً عاقلاً، فإن كان صبياً أو مجنوناً يحبس الجاني حتى يبلغ الصغير أو يفيق المجنون[1].

ومن المفترض أن يتّفق أولياء الدم جميعهم على استيفاء القصاص، فإن كان بعضهم غائباً أو صغيراً أو مجنوناً، وجب انتظار الغائب حتى يحضر والصغير حتى يبلغ، والمجنون حتى يفيق، ولا يتعدى القصاص الجاني إلى غيره تطبيقاً لمبدأ شخصية العقوبة، وإذا تعلق الأمر بامرأة حامل وجب الانتظار حتى تضع حملها.

سقوط القصاص

يسقط القصاص بعد وجوبه لعدة اعتبارات:

1 ـ فوات المحل بموت من عليه القصاص، أو تعذّر استيفاء القصاص لأي سبب، وهنا تجب الديّة عند بعض الفقهاء، ولا تجب هذه الدية عند الحنفية لأنّ القصاص هو الواجب عيناً[2].

2 ـ العفو من جميع الأولياء، أو من أحدهم وفق ما يرى بعض الفقهاء بشرط

---

(1) الدكتور حسين توفيق رضا: أهلية العقوبة في الشريعة الاسلامية والقانون المقارن، القاهرة 1964 ص 182 وما بعدها.

(2) كمال الدين بن الهمام: تكملة فتح القدير، جـ 8، ص 280.

أن يصدر العفو عن إنسان بالغ وعاقل، وللمجنى عليه البالغ العاقل أن يعفو بدون مقابل أو مقابل الديّة.

3 ـ الصلح بين الجاني والمجنى عليه أو أوليائه إذا كان صغيراً أو مجنوناً.

وإذا ثبت القصاص ولم يسقط، فإن المطالبة به تكون من حق ولي الدم، فإذا كان الولي عاجزاً فيمكنه أن يوكل من يحسن استيفاء هذا الحق، وإذا لم يكن للمقتيل من وارث فيخوّل الأمر إلى الحاكم الذي يتخذ ما يراه مناسباً لمصلحة المسلمين.

ولا يتجزأ القصاص، فلو وقع القتل على رجلين، وعفى أولياء أحدهما، يكون لأولياء الآخر الإقتصاص من القاتل، ولا يجوز التوكيل لاستيفاء القصاص مع غيبة الوارث الموكل لاحتمال أن يكون الغائب قد عفا أو رجا العفو منه عند معاينته حلول العقوبة بالقاتل[1].

العقوبات الأصلية والبديلة في القتل والايذاء

اعتبرت جناية القتل المتعمّد من أشد الجرائم خطورة، لذلك فإن الشريعة الإسلامية شرّعت بالنسبة للقاتل أقسى العقوبات في الدنيا والآخرة، واعتبرت أن من يقتل إنساناً بغير وجه حق فكانما قتل الناس جميعاً، فيقول تعالى: ﴿من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾ (سورة المائدة ـ آية 33).

ويعدم القاتل الذي يرتكب جريمته عمداً، أما في القتل بطريق الخطأ فإنه يترتّب كفارة على الفاعل رفعاً لهذا الاثم، ويحرم القاتل من الميراث، وعلى أساس ذلك شرعت القاعدة المعروفة بأن من «استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه».

وتجب الكفارة في حالات القتل بطريق الخطأ أو القتل شبه العمدي، كما تجب الديّة كعقوبة أصلية، والكفارة هي عتق رقبة مؤمنة، والبديل عنها صيام شهرين متتابعين[2].

(1) أحمد فتحي بهنسي: القصاص في الفقه الاسلامي، القاهرة 1969 ص 157.

(2) يقول تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلى أن يصدقوا، فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن، فتحرير رقبة مؤمنة، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ (سورة النساء آية 92).

ولأولياء الدم الحق في طلب القصاص أو العفو نظير الدية، أو العفو مجاناً، ودية النفس تجب كاملة، أما دية ما دون النفس فمختلف في تقديرها، وتجب إذا لم يكن بالامكان الاقتصاص من الجاني، وللامام أن يعزّر الجاني مع إيجاب الدية إذا رأى ذلك مناسباً.

المبحث الثالث

التعزير

تعريف التعزير ومشروعيته

التعزير لغة يعني الردع والمنع واللوم، وقد يعني العقاب والتعظيم، وفي الاصطلاح الشرعي يعني العقوبة التي يقدرها ولي الأمر عن كل ذنب لم تضع الشريعة عقوبة محدّدة له، مراعياً في ذلك حكم المصلحة العامة وتحقيق العدالة في المجتمع.

وأساس مشروعية التعزير: النص والسنة والاجماع وحكم العقل.

فالنص الوارد في القرآن يشير إلى هذا المعنى في قوله تعالى: **﴿فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾** (سورة النساء ـ آية 34).

وقول الرسول عليه السلام: «مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً واضربوهم عليها إذا بلغوا عشراً» مما يعني في هذه الحالات تعزير الصبي تأديباً وتهذيباً[1].

أما حكم الاجماع فهو متحقق من عدم إنكار أحد من الصحابة أو العلماء في القول أو الفعل للعقوبات التعزيرية على أساس المبادئ العامة التي أرستها الشريعة الاسلامية من أجل تحقيق مصلحة الجماعة، ومعالجة الحالات المستجدة التي تخضع لسنة التطور والتغيير.

وحكم العقل يبيح النافع أو ما غلب عليه النفع، ويحرم الضرر والاضرار بالغير، فطبيعة العقوبات التعزيرية لا تقبل الحصر ويترك أمر تقريرها لأولي

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني، جـ 7، ص 64.

الأمر يختارون منها ما يرونه صالحاً لدفع الفساد عن الأمة.

الجمع بين التعزير والقصاص والحدود

تقضي القواعد العامة عدم جواز العفو في الحدود، وجوازه في التعزير، فإن إنفرد التعزير بحق السلطة وحكم التقويم ولم يتعلّق به حق لادمي، جاز لولي الأمر أن يراعي الأصلح في العفو أو التعزير، وجاز أن يشفع فيه من سأل العفو عن المذنب[1].

وإذا جاز التنازل عن حق الشخص، فإن حق الجماعة يبقى قائماً يتولى ممارسته ولي الأمر وفق مصالحها وتحقيق العدالة، فالقصاص يقابل الجريمة، وهو حق للمجنى عليه، ولكن التعزير للتأديب والتهذيب وهو من حق الجماعة، فالقاتل البالغ عمداً إذا لم يقتل لعفو، جاز للامام توقيع عقوبة تعزيرية عليه من أجل تأديبه وإصلاحه، وإذا كان الحد مقدراً شرعاً والتعزير غير مقدر؛ فقد اختلف في تقدير حدّه الأدنى والأقصى، والفقهاء يقررون عدم تحديد أقله، أما تحديد أكثره فموضع خلاف فيما بينهم[2].

ومن قبيل التعزير في حدّ السرقة تعليق يد السارق على عنقه بعد إقامة الحدّ عليه، وتغريب الزاني بعد إقامة الحد عليه في جريمة الزنا، وتعزير شارب الخمرة بعد إقامة حدّ الشرب عليه، وتوقيع عقوبة التعزير في كل حالة يتخلّف في الجريمة ركن من أركانها، كما إذا عدل الجاني عن إقراره أو اعترافه.

وتطبق عقوبات الحدود والقصاص على المكلفين دون زيادة أو نقصان مع مراعاة الأحوال التي يعفو فيها المجنى عليه أو أوليائه في جرائم القصاص، فتسقط عقوبة القصاص لتحل محلها عقوبة تعزيرية، أما غير المكلّف فلا يخضع إلا للعقوبات التعزيرية.

---

(1) الأحكام السلطانية للماوردي ص 230.

(2) الدكتور عبد السلام محمد الشريف: المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الاسلامي بيروت 1986 ص 39 وما بعدها.

الباب الخامس

نظام وإجراءات التقاضي

تمهيد

تنظيم الدعاوى في القانون الروماني مرّ في مراحل متعددة، ولم تتوضح صورته إلا بصدور قانون الألواح الاثني عشر الذي ميّز بين الدعاوى التقريرية والدعاوى التنفيذية، وقبل ذلك كانت تخضع لسيطرة رجال الدين الذي احتكروا علم القانون واعتبروا صياغتها وأيام التقاضي سراً من الأسرار، خاضعة لمصلحة طبقة الأشراف، ولكن مثل هذا الوضع تطوّر في المراحل اللاحقة على صدور قانون الألواح حيث تخلّت الدعاوى عن الشكليات بصورة تدريجية.

أما القضاء في الجاهلية فكان يتولاه الحكم الذي كان يقضي بين المتنازعين من أفراد قبيلته وفق تقاليدهم، ويستخلص من كتب الأدب أن العرب كانوا تارة يتحاكمون إلى الحكم، ومن الصعب وضع حدود فاصلة لاختصاص كل منهم[1].

ولم يكن الحكام يحكمون بقانون مدون أو بشرائع مكتوبة، إنما يرجعون إلى أعرافهم وتجاربهم وفراستهم في الأمور، وما يستنبطه اجتهادهم من القياس على الأشياء فتأتي أحكامهم من غير تكلف ومتناسبة مع طبيعة حياتهم.

وعندما ظهرت الشريعة الاسلامية عدلت الكثير من الأحكام السابقة

---

(1) الاستاذ أحمد أمين: فجر الاسلام، دار العلم للملايين، بيروت 1969، ص 225.

وجعلت مصدر القضاء موحّداً، وجعلت الاسس التي تقوم عليها الدعاوى واضحة ومحددة، ونوضّح خصائص نظام الدعاوى في التشريع الروماني والشريعة الاسلامية في الفصلين الآتيين:

الفصل الأول

نظام الدعاوى في التشريع الروماني

الهيئات التي تتولى الفصل في الدعاوى

يقوم مفهوم الدعوى في القانون الروماني باعتبارها وسيلة خاصة لحماية حق من الحقوق، فلكل حق دعوى تحميه، وكانت الدعاوى مقرّرة في المنشور البريتوري حيث كان للمتضرر أن ينتقي منها وبمساعدة الحاكم القضائي ما يعينه على إثبات حقه وبالتالي استيفائه عن طريق القضاء.

وقد تولّى البريتور إعداد الدور القانوني للخصومة وتناولت سلطاته السلطة الولائية (Imperium)، والسلطة القضائية (Juriadictio)، وتضمنت الأولى صلاحية الأمر والنهي للقيام بعمل ما أو للنهي عنه لضمان حسن سير المحاكمة، بينما الثانية كانت تهدف إلى إعداد الدعوى وتحديد أطراف النزاع والاشراف على الاجراءات وسماع الادعاءات دون الفصل في الخصومة التي يتولاها القاضي أو الحكم.

أما الدور القضائي الذي يشكّل المرحلة الثانية للخصومة فيقتصر على القاضي أو الحكم الذي يحال اليه النزاع لاصدار الحكم في الدعوى، وقد يعيّن باتفاق الطرفين ويصدر البريتور قراراً بذلك، وإذا تعذّر الاتفاق كان للمدعي أن يختاره من جدول أعضاء مجلس الشيوخ حتى يحظى بقبول المدّعى عليه، وإذا أظهر هذا الأخير رفضاً غير مبرّر تعرّض لاجراءات إكراهية من شأنها أن تجعله خاسراً لحقه ولدعواه.

وهكذا يلاحظ أن القاضي أو الحكم لم يكن القانون يستلزم أن يكون من ذوي الاختصاص في المجال القانوني، إلا أنه في ظل العصر الجمهوري أنشئت محكمة الحكام العشرة Decemviri litibus judicandis كهيئة قضائية

دائمة تنتخب من قبل مجالس الوحدات للنظر في دعاوى الحرية، ثم حلّت مكانها محكمة الحكام المئة في أوائل العصر الامبراطوري، التي كانت صلاحياتها كما يرى البعض عبارة عن صلاحيات شاملة يستطيع الافراد المثول أمامها دون اللجوء إلى القاضي المنفرد[1]. كما عرفت هذه المرحلة المحكمة الثلاثية Les triumviri capitale للنظر في الشؤون الهامة وكان يتناول إختصاصها القضايا الجزائية، وبعض حالات القضايا المتبع فيها أسلوب دعوى القسم وأخرى المتبع فيها أسلوب الدعوى القانونية بوضع اليد على المدين الممتنع عن تأدية الدين[2].

دعاوى القانون

تقوم دعاوى القانون على أساس دلالة النص عليها في القانون، وهي دعوى الرهان، ودعوى طلب تعيين قاضٍ أو حكم، ودعوى الاعلان، ودعوى القاء اليد، ودعوى أخذ رهينة، وقد وردت هذه الدعاوى في قانون الألواح الاثني عشر باستثناء دوى الاعلان التي وردت في قانون سيليا (Silia)، وقد سادت هذه الدعاوى الصيغ الشكلية غير المكتوبة التي كان يلقيها أطراف الخصومة في مجلس الحاكم[3].

واستلزمت القوانين الرومانية حضور أطراف النزاع أمام الحاكم للقيام بالاجراءات المقرّرة، يعاونهما في ذلك رجل قانون، ولم يكن من المتصور وجود المحاكمة الغيابية، كما أنه لم يكن من الجائز التوكيل لوجوب حضور الخصوم بالذات لاجراء ما يتطلبه القانون من شروط، رغم أن هذه القوانين قد طرأت عليها بعض الاستثناءات في مرحلة لاحقة.

كانت تجري المحاكمة بعد إتمام الإجراءات الشكلية، وتعيين القاضي الذي يتولّى الفصل في موضوع النزاع بحضور الأطراف والشهود والمحامون الذين يتولون إبداء أوجه الدفاع عنهم، ويقع عبء الاثبات على المدّعي عن طريق وسائله المختلفة التي ترجع إلى تقدير واقتناع القاضي دون أن تتحدّد

---

(1) J. Maillet; Histoires des institutions et des faits sociaux D. 1956, T. I., No. 318.

(2) A.F. Giffard: Op. Cit., T. I (1933) p. 80.

(3) الدكتور عبد السلام الترمانيني: الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، جامعة الكويت 1982 ص 313.

بصورة حصرية في القانون، مع ملاحظة أن البينة بواسطة الشهود كانت هي الأساس في هذه المرحلة التي لم تعرف البيّنات الخطية إلا بصورة نادرة.

ويصدر القاضي حكمه في الدعوى دون حق الاعتراض عليه، لأنّ الأطراف باختيارهم القاضي يكونوا قد أذعنوا مسبقاً لأي قرار يمكن أن ينطق به، وبذلك تنتهي الدعوى وتنتقل إجراءات التنفيذ إلى من أثبت حقه فيها.

وبوجه عام فإن الدعاوى المذكورة اتّصفت بالشكليات والاجراءات المعقّدة، ولم تعد تساير التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي طرأت بعد توسّع الدولة الرومانية بحيث بدت عاجزة عن حكم الحالات المستجدة، إلى جانب ما كان يترتب على إستلزام وجود الشهود والاعتماد على أقوالهم من تمويه للحقيقة وضياع لها في بعض الأحيان، مما أدّى إلى ظهور نظام المرافعات الكتابية، أو الأصول التحريرية، الذي اعتمد في تثبيت مراسم الدعوى في وثيقة رسمية مكتوبة حلّت محلّ الاجراءات الشفهية التي عرفت في الدعاوى القانونية.

نظام المرافعات الكتابية

يعتمد نظام المرافعات الكتابية على إجراءات أقلّ تعقيداً من الاجراءات المتّبعة في دعاوى القانون، وهذا ما مهّد إلى انتشاره بصورة واسعة على يد البريتور بصيغة أمر يتمّ وبوضع باشرافه في سبيل حماية الحالة الواقعية أو الوضع القانوني الناشئ عن تلك الحالة[1].

وقد بدا هذا النظام في نشأته كاجراء احتياطي يلجأ اليه في الحالات التي لا يشتمل فيها القانون على دعوى لحماية الحق، حتى صدر قانون جوليا (عام 17 ق.م.) فوسّع من أحكامه وأصبح الطريق العادي للفصل في المنازعات بينما باتت دعاوى القانون تشكل السبيل الحصري للنظر في بعض الدعاوى.

ولا يخرج اطار هذا النظام عن مرور الدعوى بالدور القانوني الذي يفترض حضور الخصوم أو من ينوب عنهم، وعرضها بصورة شفوية دون التقيّد بأية إجراءات رسمية، والاشارة إلى صيغة الأمر البريتورية التي سيعتمدها

---

(1) الاستاذ إميل بجاني: القانون الروماني، ص 169.

المدّعي في إثبات حقه يعاونه فيْ ذلك أحد القانونيين، وتنتهي هذه المرحلة باتفاق الطرفين على إحالة النزاع إلى القاضيْ حيث يبدأ الدور القضائي وفق صيغة الأمر المرضوعة من قبل البريتور، وعلى القاضي ردّ الدعوى إذا كانت الوقائع المعروضة عليه لا تتفق مع ما ورد في هذه الصيغة، وله أن يلجأ إلى كافة طرق الاثبات المتاحة له، وأن يستعين برأي أحد المستشارين أو الفقهاء إذا رأى ذلك مناسباً قبل إصدار الحكم[1].

ينفّذ الحكم بصورة تلقائية من المحكوم عليه، قبل مرور ثلاثين يوماً، وإذا تمنّع هذا الأخير رفعت عليه دعوى التنفيذ القضائي، فإذا تبيّن بأنه غير محق في دفاعه تعرّض لدفع قيمة الحكم مضاعفة، وعليه أن يقدّم كفيلاً لضمان تنفيذ الحكم الجديد في هذه الحالة، وإذا تمنّع عن التنفيذ ولم يناقش في صحّة الحكم بعد إنقضاء المهلة المذكورة، فلصاحب الحق أن يباشر التنفيذ على شخصه أو على ماله، بما في ذلك إحلال يد الدائن على موجودات مدينه بطريق البيع بالمزاد الذي كان يشمل الذمّة المالية بكاملها بما لها من حقوق أو بما عليها من التزامات، وقد تعدّلت هذه القاعدة في فترة لاحقة بحيث أضحت المبالغ المطلوبة لا تتجاوز مجموع الديون في أي حال من الأحوال.

أصول المحاكمة غير العادية Cognitio extra ordinem

تعدّل نظام المحاكمة بتغيّر النظام السياسي في الدولة الرومانية بعد أن تولّى الامبراطور سلطات مطلقة خولته الفصل في المنازعات المدنيّة والجزائية، أو تفويض بعض الموظفين البتّ في الدعاوى المتعلقة بالسلطة العامة، وقد بدأ هذه الاتجاه منذ النصف الأول من القرن الثالث بعد الميلاد وحلّ محل صيغ الأمر بصورة كلية في النصف الثاني من الفترة ذاتها.

وأبرز ما ميّز النظام الجديد مرور الدعوى بمرحلة واحدة أمام قاضٍ يعيّنه الامبراطور ويستمدّ سلطته من الدولة، ويرتبط بقاضٍ أعلى مرتبة منه بحيث

(1) كانت البيّنات تتمثل في الشهادة، والاعتراف أمام القاضي، واليمين أمام القاضي، والبيّنات الخطية التي ظهرت تحت تأثير الاختلاط بالشعوب الأخرى، ويصدر القاضي حكمه بعد الاستماع إلى البيّنات الموجودة في حدود الصيغة المرفوعة بها الدعوى.

تكون قراراته قابلة للاستئناف أمام هذا الأخير، وانتفى طابع العلانية في المحاكمة والذي كان سائداً في السابق، ولم يعد حق التقاضي، مجانياً، بل يتحمل نفقاته الخصوم بما يتناسب مع قيمة الدعوى.

تمتّع القاضي بدور إيجابي في ظل النظام الجديد ابتداءً بالمحاكمة وحتى صدور حكم في الدعوى، وبقي المدّعي يتولى تبليغ المدعى عليه ولكن بمعاونة شهود بعد استحصال أمر من الحاكم بإجرائه، وتغير هذا الأمر في عصر الامبراطورية السفلى حيث أصبح التبليغ من مهمّة موظف رسمي مختصّ، وإذا تخلّف المدّعى عليه عن الحضور أمكن إصدار حكم غيابي بحقه رغم أن ذلك لم يكن ممكناً في المراحل السابقة، كما كان بالامكان إعلان براءته رغم غيابه[1].

وإذا قرّر المدّعى عليه الحضور فالأمر لا يخرج عن أحد الاحتمالين، الأول الاذعان لمطالب المدعي وتنفيذ ما يدّعي به هذا الأخير، والثاني الدفاع عن نفسه بتقديم عريضة خلال مهلة عشرة أيام (أصبحت فيما بعد عشرين يوماً) يؤكد فيها عزمه على منازعة المدعي في دعواه أو المطالبة بتنحية القاضي[2].

أما عملية الاثبات فكانت تتم بوسائل عديدة أبرزها شهادة الشهود المقترنة بيمين، والبيّنة الخطية خاصة تلك المسجّلة لدى الحاكم المختص، والاقرار باليمين، والقرائن التي يستخلصها القاضي من مجمل ظروف وقائع الدعوى ويقتنع بها فتسمى القرائن القضائية présomptions judiciaire، أو يستند في تقريرها إلى القانون فتسمى قرائن قانونية Présomptions légale.

خصائص نظام المحاكمات غير العادية

الاسلوب في الدعاوى غير العادية لم يعد يعتمد على عمل المدّعي وحده كما كان الحال في الأنظمة السابقة، بل أصبح لا بدّ من تدخل القاضي إلى جانبه لدعوة الخصم واحضاره للمحاكمة. وأصبح القاضي في هذه

---

(1) الدكتور محمد معروف الدواليبي: المرجع السابق، جـ 1، ص 181.

(2) إلى جانب ذلك أخذت المنازعة في عصر الامبراطورية السفلى في الدعاوى غير العادية صورة شرح المدّعي لمزاعمه وسماع القاضي لها، ويجري تثبيت الخلاف والحكم فيه في هذه الحدود دون حاجة إلى إشهاد أو كتابة وثيقة.

R. Monier: Op. Cit., T.I.p.197.

المرحلة أقلّ حرية من ذي قبل في تقدير البيّنات لتدخل الاباطرة فيما يجب أن يقبله القاضي أو يرفضه من بيّنات ووسائل إثبات، وفي عصر الامبراطورية السفلى لم يسمح بالاعتماد على القرائن Les présomptions إلا إذا كانت هامّة، وقد عرفت القرائن القانونية التي اعتبرت ملزمة للقاضي.

أصبح القاضي في نظام المحاكمات غير العادية يلتزم حكم القانون دون غيره، وتعتبر أحكامه باطلة إذا تعارضت مع النصوص القانونية، كما أصبح يصدر أحكامه وفق روح النصوص القانونية التي تهدف إلى تطبيق مبادئ العدالة والانصاف، كما أصبح للقاضي في ظل النظام الجديد أن يحكم على المدعي نفسه، بعد أن كان يقتصر حكمه في السابق على المدّعى عليه سواء أكان بالادانة أو بالبراءة.

وأصبح أمر تنفيذ الأحكام على عاتق السلطة العامة التي تستطيع أن تلجأ إلى القوّة في سبيل ذلك، سواء تعلّق الأمر باعادة الشيء المنتزع ملكيته، أو دفع مبلغ نقدي، فإذا امتنع المدين عن الدفع نفّذ بالقبض على رهن ما، أو بوضع اليد على أمواله، أو بإلقاء القبض على شخصه[1].

وبصورة مختصرة لم يعد النظام الجديد يعتمد تقسيم الدعوى إلى مرحلتين كما كان الأمر في السابق وانتقلت من أسلوب التحكيم إلى نظام خاضع لسلطة الدولة، واتجهت الجلسات فيه إلى السرية بعد أن كانت كلها علنية، وازدادت الوثائق المخطوطة رغم إلغاء الوثيقة القديمة La formule الوحيدة في الدعوى، وفرضت النفقات القضائية على أصحاب العلاقة.

إصدار الحكم وتنفيذه

يصدر القاضي حكمه وفق القواعد القانونية التي يلتزم بأحكامها وإلا تعرّض قراره للابطال، وعليه أن يراعي دائماً مبادئ العدالة والانصاف، والدفوع التي يدلي بها المدعى عليه والحكم لمصلحة هذا الأخير في حال تبين أنه صاحب حقّ في دفاعه.

وفي ظل أصول المحاكمة غير العادية أصبحت قرارات القاضي قابلة

(1) الدكتور محمد معروف الدواليبي: المرجع السابق، ص 190.

للاستئناف أمامه، وكان يمكن رفعها أيضاً إلى قاضي أعلى درجة، وفي عصر الامبراطورية السفلى أصبح الاستئناف من اختصاص قاضي أعلى من القاضي الذي أصدر الحكم، أما في القضايا الهامّة فكان يمكن تقديم الاستئناف إلى الامبراطور الذي يتّبع إجراءات خاصة للبت في مصيره[1].

وكان يترتّب على ردّ الاستئناف إلزام المستأنف بغرامة مالية تساوي ثلث قيمة الشيء المتنازع عليه، وفي عهد الامبراطور قسطنطين قرّر بعض العقوبات الشديدة على من يخسر استئنافه ومنها عقوبة النفي لمدّة سنتين، أو مصادرة نصف أمواله، أو الحكم عليه بالأشغال الشاقة لمدّة سنتين، وقد أُلغيت معظم هذه العقوبات في عهد الامبراطور جستيان وأبقى على بعضها بصورة مخفّفة.

أما أحكام التنفيذ فقد تعدّلت هي الأخرى وأصبحت من اختصاص السلطة العامة وليس من اختصاص الأفراد الذين يكسبون الدعوى، ويجري التنفيذ بعد مرور شهرين من صدور الحكم ويدوّن في المحضر إسم الموظف الذي سيقوم به، فإذا قضى الحكم باعادة الشيء إلى صاحبه ألزم المدعى عليه القيام بهذا الواجب ولو عن طريق القوّة، وإذا كان محلّ الشيء دفع مبلغ من المال وامتنع المدعى عليه عن الايفاء، فإنه يجري تحصيل الحق عن طريق حجز أمواله كرهينة وبيعها بالمزاد، أو عن طريق القبض على شخص المدين وحبسه لاكراهه على القيام بتنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته[2].

---

(1) Monier: T. I Op. Cit., p.p. 189- 190.

(2) كان للدائن حتى أواخر القرن الرابع للميلاد أن يحبس مدينه في سجنه الخاص إلا أن الامبراطور تيودوس (Théodose) ألغى السجون الخاصة عام 388 م. وأمر أن يسجن المدين في السجن العام التابع للدولة.

الفصل الثاني

التنظيم القضائي في الاسلام

تطور النظام القضائي

أول من قام بوظيفة القضاء في الإسلام الرسول الكريم، وكان يقضي بين الناس بما أنزل عليه من آيات قرآنية، أو بما اجتهد به تيسيراً لمصالح الناس وإقامة العدل في المجتمع.

وبساطة الحياة في عصر الرسالة لم تكن تستلزم تعيين القضاة بين الناس ويكفيهم فخراً أن يكون قاضيهم في خلافاتهم القليلة رسول الله، وعندما اتسعت رقعة الدولة الاسلامية بعث الرسول الكريم الولاة إلى بعض الأقاليم وعهد إليهم بالقضاء، فكان الوالي هو الحاكم والقاضي[1]، وفق ما تمليه عليه أحكام الشرع وتعليمات الرسول ومن أسسها قوله عليه السلام: «إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك وجه القضاء»، وكانت من المبادئ التي أرسيت أيضاً في أصول التظلم أن تكون البيّنة على من يدّعي واليمين على من أنكر[2].

وفي عصر الخلفاء الراشدين إزدادت مسؤولية الولاة بتوسع الدولة الاسلامية وفصل القضاء عن الولاية وعيّن للقضاء أشخاصاً غير الولاة، واستند القضاة في حكمهم على ما ورد من أحكام في القرآن أو في السنة، والا اجتهدوا اجتهاداً جماعياً إذا كان الموضوع له علاقة بالمبادئ الأساسية

(1) الدكتور صبحي الصالح: النظم الاسلامية، بيروت 1980، ص 319.
والدكتور محمد سلام مدكور: القضاء في الاسلام؛ دار النهضة العربية 1964، ص 22 و23.

(2) الدكتور سمير عالية: القضاء والعرف في الاسلام، بيروت (مجد 1986) ص 20 ـ 21.

للجماعة، أو اجتهاداً فردياً في الجزئيات الخاصة بالافراد[1].

وفي عهد الدولة الاموية استمرّ القضاء في نهجه في الاعتماد على النص أو الإجماع أو الاجتهاد، وبقي بعيداً عن السياسة، وظل القضاة مستقلين في أداء وظائفهم إلى حد بعيد غير متأثرين بميول الدولة الحاكمة وسلطانها، وقد عرف في هذا العهد تسجيل الأحكام في سجلات خاصة.

وفي عصر الدولة العبّاسية، إتسع النشاط العلمي والاقتصادي والاجتماعي والفقهي، ونشأت المذاهب الكبرى في الاسلام، وتشعّبت الآراء الفقهية، وتنوّعت الأحكام عند القضاة بحسب المذهب الذي ينتمون اليه، فكانوا يحكمون في العراق وفق المذهب الحنفي، وفي الشام والمغرب وفق المذهب المالكي، وفي مصر وفق المذهب الشافعي، وإذا تقدم الخصوم على غير المذهب الشائع في البلد أناب القاضي عنه قاضياً آخر يحكم وفق مذهب المتخاصمين.

وقد أنشئت في هذا العهد وظيفة قضائية جديدة، هي وظيفة قاضي القضاة، وعيّن أبو يوسف صاحب أبي حنيفة في عهد هارون الرشيد في هذا المنصب، ومن مهماته الاشراف على أمر تعيينهم ومراجعة أحكامهم وعزلهم.

كما ظهرت أيضاً وظيفة قاضي العسكر وكان يفصل في الخصومات التي تنشأ بين الجنود، كما أطلق هذا اللقب على القضاة الذين يصحبون الخليفة في تنقلاته، فإذا نزل ببلد كان لهم ولاية القضاء فترة وجوده فيه، بحيث إذا خرجوا بدونه لم يكن لهم أي اختصاص قضائي[2].

تنظيم المحاكم واختصاصاتها

لم يعرف النظام القضائي في الاسلام عند نشأته مبدأ تخصص القاضي في مسائل معيّنة، فكان يحكم في القضايا المدنية والجزائية والادارية، أو غير ذلك من المسائل، وعندما توسّعت الدولة الاسلامية، وتشعّبت العلاقات والقضايا في المجتمع كان لا بدّ من أن يشق التخصص طريقه في ميدان

(1) الدكتور محمد سلام مدكور: المرجع السابق ص 28.

(2) محمود محمد عرنوس: تاريخ القضاء في الاسلام ص 99 - 100

القضاء، وبذلك عرف الاسلام الاحكام المدنية والأحكام الجزائية والحسبة[1] وقضاء المخالفات.

والحسبة قد تتضمن اختصاصات لها طبيعة إدارية كأعمال الشرطة في ضبط الاسعار والأوزان، وقد تتضمن اختصاصات لها طبيعة قضائية، كنظر المحتسب في بعض الدعاوى البسيطة العائدة للأفراد والتي قد ترفع اليه أو تصل إلى علمه، كدعاوى الغش والخداع في البيع والشراء والمماطلة في دفع الدين مع القدرة على الوفاء، وبذلك اعتبرت نوعاً من أنواع المحاكم. والدعوى ترفع إلى القاضي مباشرة وهو الذي يقوم بالتحقيق فيها، ويمكنه أن يوقف المدعى عليه احتياطياً.

وعرف الاسلام نظام الاثبات باليمين والشهادة والاقرار والقرائن، وحدد عقوبات معينة لبعض الجرائم، وفي الحدود لا يجوز التنازل عنها أو تشديدها أو تخفيفها لأنها تتعلق بالمصلحة العامة، بينما يجوز التنازل عنها في جرائم القصاص لأنها تتعلق بمصلحة الأفراد، ويقابل هذا التشديد وجوب الاثبات بوسائل معيّنة وتوافر الشروط الخاصة مما يضيّق من نطاق تطبيقها بشكل كبير، فكل شبهة تكون في مصلحة المتهم، ويتعين درء الحدود بالشبهات وهو يماثل ما يعرف بالأنظمة الجزائية في أن الشك يفسّر لصالح المتهم.

وعرف نظام المظالم أو قضاء المظالم الذي كان يتولى النظر في ظلامات الأفراد والجماعات من الولاة والجباة والحكام وأبناء الخلفاء والأمراء والقضاة، ويتمتع من يتولى هذا القضاء بسلطة أكبر من سلطات القاضي، حيث كان يستطيع أن يتصدّى للموضوع من تلقاء نفسه وإحالة الخصوم على لجنة وساطة في بعض الأحيان لحل النزاع عن طريق الصلح، وله أن يستدعي ما يشاء من الشهود ويحكم بعلمه الشخصي بروح العدل والانصاف[2].

ومن ناحية المبدأ فقد كانت المحاكمة علنية في المسجد أو في مكان

(1) الحسبة وظيفة دينية من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين يعين لذلك من يراه أهلاً له: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 240

(2) الماوردي: الأحكام السلطانية ص 71 وما بعدها.

والدكتور أحمد ابراهيم حسن؛ المرجع السابق، ص 439 ـ 440.

عام، وفي أحوال معينة، كان يمكن للقاضي أن يقرر النظر في الخصومة في جلسة خاصة لمصلحة تقتضي ذلك.

إجراءات الحكم بالدعوى

يصدر القاضي حكمه في الدعوى دون تأخير متى أصبحت صالحة للحكم، دون اشتراط صيغة معيّنة سوى أن يكون قاطعاً أي يبنى على اليقين وليس على مجرد الظن والاحتمال.

وضمن واجبات القاضي السعي للصلح بين الخصوم، وهذا ما سار عليه نهج القضاء في عصر الخلفاء الراشدين، وقد نبّه الخليفة عمر القاضي أبا موسى الأشعري في كتاب وجهه اليه بأن الصلح جائز ما لم يحل حراماً أو يحرّم حلالاً، كذلك أوصى قضاته بالتريث في إصدار الأحكام حتى يستبين الحق ويتيقّنوا من معرفة الحكم الشرعي(1).

ومن الاعراف القضائية المتّبعة أن يلجأ القاضي إلى استشارة كبار الفقهاء إذا لم يتمكن من الوصول إلى الحكم بسهولة، وذلك مراعاة لمصالح المتخاصمين وعدم التأخير في فضّ منازعاتهم، رغم أن رأي هؤلاء العلماء كان استشارياً، بمعنى أنه غير ملزم له، وفي مثل هذه الحالة يجتهد حتى يصل إلى إحقاق الحق، وفي ذلك يقول تعالى: **﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾** (سورة النساء ـ آية 58).

كذلك كان من الأعراف الشائعة أن يجلس مع القاضي في مجلس الحكم شهود من العلماء يراقبون إجراءات المحاكمة ووقائعها والحكم الذي يصدر، ويعتبر ذلك من أنواع الرقابة على أعمال القضاء الهدف منه التحقق من مدى التزام القاضي بتوفيق أحكامه مع الشريعة الاسلامية(2).

وفي مجال الحكم على الغائب فهو جائز وهو مخصوص بحقوق الآدميين، أما حقوق الله تعالى التي تدرأ بالشبهات، فلا يجوز القضاء بها على غائب كحد الزنا وحدّ الخمر لاتساع حكمها بالمهلة، وإذا كان مما يجمع فيه

---

(1) الدكتور صبحي محمصاني: تراث الخلفاء الراشدين، بيروت 1984، ص 179.

(2) الاستاذ ظافر القاسمي نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الاسلامي، بيروت 1978، ص 628 ـ 629.

بين حق الله تعالى وحق الآدمي كالسرقة، قضي على الغائب بالغرم، ولم يقضِ عليه بالقطع إلا بعد حضوره[1].

القوة الملزمة للاحكام القضائية

الأصل في الأحكام أن تكون حاسمة للنزاع وملزمة لأطراف النزاع، غير أنه في حال احتمال الخطأ في حكم القاضي، جاز لقاضي القضاة أو من ينوب عنه أن ينظر في الأحكام الصادرة عن قضاته، فيبطل منها ما يحتاج إلى إبطال، ويعدّل ما يحتاج إلى تعديل، ويصدّق ما كان صحيحاً منها[2].

وإذا حكم القاضي حسب اجتهاده في قضية، فليس له الرجوع عن هذا الاجتهاد في ذات القضية، عملاً بقاعدة ان الاجتهاد لا ينقض بمثله، واحتراماً لما يعرف بقوّة القضية المحكمة أو المقضية.

ولكن هذا الاجتهاد لا يلزم القاضي بقضية أخرى مماثلة للأولى، فيجوز أن يغير اجتهاده إلى ما يراه أصوب، ولا يلزم حكم القاضي الاجتهادي غيره من القضاة للحكم في مسائل متشابهة، وأجمع الخلفاء الراشدون على أنه إذا تغير اجتهاد أحدهم من غير أن يخالف نصاً ولا إجماعاً، أو إذا خالف اجتهاده اجتهاد من قبله، فلا ينقض الاجتهاد اللاحق الاجتهاد السابق[3].

وإذا ادعى أحد الخصوم بأن الدعوى سبق وحكم فيها، فإن القاضي يتوقّف عن تكرار سماع الدعوى مرة ثانية، ويمكن إثبات دفع الخصم بالحجة المدونة في ديوان القاضي أو بشهادة شاهدين على ذلك[4].

ويجمع الفقهاء على أن القاضي إذا تعمّد الجور في حكمه لزمه الضمان في ماله ويعذّر بالعقوبة ويفصل من القضاء، وإذا كان الخطأ غير متعمد فإنه لا يسأل عن ضرر لحق بأحد الخصوم، لأنه نائب عن ولي الأمر والنائب لا يلتزم بالعهدة، وإذا كان الأمر المقضي به حقاً من حقوق الله كحد السرقة بطل القضاء ووجب الضمان من بيت مال المسلمين، وإذا كان من حقوق العباد

(1) الماوردي، أدب القاضي، جـ 2 ص 318 ـ 319.

(2) الدكتور سمير عالية: المرجع السابق، ص 136 ـ 139.

(3) الدكتور صبحي محمصاني: المجتهدون في القضاء ص 43 ـ 44.

(4) الدكتور محمد سلام مدكور: المرجع السابق، ص 61.

وأمكن تدارك الأمر يبطل الحكم، وإذا كان الحكم مبرماً ونفذ وكان أساس الخطأ يرجع إلى تدليس المدّعي فيما أثبت به الدعوى، كان الضمان في مال المقضي له حتى ولو كان الحكم بالقصاص فإنه يلزمه التعويض ولا يقتصّ منه، لأن حكم القضاء شبهة مانعة من القصاص. وإذا لم يكن منشأ الخطأ ما ذكر، وإنما كان من اجتهاد القاضي فلا يبطل الحكم[1].

(1) الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص 67.

خاتمة

عرضنا في هذا الكتاب دراسة تاريخ القانون الروماني والشريعة الإسلامية، وقد تضمّن مقدّمة تمهيدية حول نشأة وتطور القوانين القديمة بصفة عامة وأهمها قوانين صولون ودراكون في الغرب وقوانين حمورابي ومانو وبوكوريس واليهود في الشرق وقسّمنا الدراسة إلى ثلاثة أقسام رئيسية على الوجه الآتي:

تضمّن القسم الأول دراسة عصور الدولة الرومانية المختلفة من الناحية السياسية والاجتماعية والمصادر القانونية لكل عصر من هذه العصور، وهي على التوالي العصر الملكي، ثم عصر القانون القديم أو العصر الجمهوري ثم عصر الامبراطورية العليا أو العصر العلمي، وأخيراً عصر الامبراطورية السفلى. ولقد تطورت المصادر القانونية خلال هذه العصور المختلفة ابتداء بالعرف ومروراً بالتشريع والفقه والقوانين البريتورية وقوانين الشعوب وانتهاء بالدساتير الامبراطورية ومجموعات جستنيان. كذلك عرضنا في باب مستقل لوسائل تطور القانون الروماني فأشرنا إلى هذه الوسائل وهي الحيل أو الافتراضات القانونية، ومبادئ العدالة وأخيراً التشريع.

أما القسم الثاني فقد تناولنا فيه دراسة الشريعة الاسلامية من حيث الأدوار التي مرّ بها التشريع الاسلامي ابتداء بعصر الرسول، ثم عصر البناء والكمال والذي يشتمل على مرحلة الخلفاء الراشدين ومرحلة الدولة الأموية ومرحلة الدولة العباسية، ثم عصر التقليد والجمود وانتهاء بعصر النهضة الفقهية الحديثة. وقد عرضنا بعد ذلك في باب مستقل لدراسة أهم المذاهب الفقهية

في الاسلام، وأشرنا بشكل أساسي إلى مذاهب أهل السنة، ثم إلى مذاهب أهل الشيعة، ثم إلى مذاهب الخوارج وما إتصفت به هذه المذاهب من مزايا فقهية وخاصة لجهة كيفية إستنباط الأحكام بالاستناد إلى الأدلة النصية التي تنحصر في الكتاب والسنة.

وبعد دراسة هذه الأدوار تطرقنا إلى دراسة مصادر التشريع الإسلامي وقسمنا هذه المصادر إلى مصادر أصلية ومصادر تبعية، أما المصادر الأصلية فهي تنحصر في الكتاب والسنة، أما المصادر التبعية فهي كثيرة وقد حصرنا الدراسة في أهم هذه المصادر وهي الإجماع، القياس، الاستحسان، المصالح المرسلة، العرف الاستصحاب، وتشريع ولي الأمر.

أما القسم الثالث فقد تضمّن البحث في بعض النظم القانونية والاجتماعية لأنّ مجال الدراسة في هذه المادة لا يستوعب التطرّق إلى كافة المواضيع سواء أكانت تندرج ضمن أحكام القانون الروماني أم ضمن أحكام الشريعة الإسلامية. وأهم هذه النظم ما عرف عند الرومان بنظام الأسرة التي أشرنا اليه في باب مستقل وتضمن أحكام السلطة الأبوية، وموضوع الزواج والطلاق، كذلك نظام الرق والعتق والتطور الذي أصاب هذا النظام عبر العصور المختلفة، وموقف الشريعة الاسلامية من هذه الأنظمة، كما تطرق البحث إلى نظام التعاقد والالتزامات، وإلى نظام التقادم باعتباره من الأنظمة القانونية المدنية التي تأخذ به التشريعات الحديثة، وإلى النظم العقابية الأساسية في كل من التشريعين ومدى التمايز بينهما وإلى نظم وإجراءات الدعاوى، والتطوّرات التي لحقت بها خلال العصور المتعاقبة.

لقد تناولنا بقدر الامكان دراسة هذه الأنظمة بأسلوب المقارنة بين أحكام التشريع الاسلامي والتشريع الروماني آملين أن نكون قد وفقنا في معالجتها واستخلاص المبادئ المتعلّقة بها. والله خير معين.

المؤلف

فهرس الكتاب

القسم الأول

القانون الروماني

الباب الأول

تاريخ تطور القانون الروماني

الباب الثاني

وسائل تطور القانون الروماني بالمقارنة مع القانون الإنجلوسكسوني

القسم الثاني

الشريعة الإسلامية

الباب الأول

أدوار التشريع الإسلامي

الباب الثاني
مصادر التشريع الإسلامي

القسم الثالث
النظم القانونية والاجتماعية

الباب الأول
نظام الأسرة

الباب الثاني
نظام الرق

الباب الثالث

نظام الالتزامات والتعاقد

الباب الرابع

النظام العقابي

الباب الخامس

نظام وإجراءات التقاضي

1997 /1 /58 ؛

هذا الكتاب

... تناول دراسة تطور الفكر القانوني عبر العصور المختلفة، ودوره في ضبط سلوك الأفراد وتنظيم المجتمعات باعتباره المرآة العاكسة لقيمها ورقيها وحضارتها.

فالنظم القانونية المعاصرة ما هي إلا تهذيب لنظم سابقة، كما أن الكثير من القواعد القانونية الوضعية نشأت في الأساس في عمق التاريخ القديم، وما زالت تحكم جانب من العلاقات الإنسانية، وبالتالي لايمكن تبريرها أو فهمها إلا بالرجوع إلى أصولها التاريخية.

والدراسة في هذا المجال لا تقتصر على المراحل المختلفة التي مرّت بها النظم القانونية إنما تتعداها إلى الكشف عن حقيقة ووسائل تطورها، فالقوانين في أي عصر ليست مجرد حادث صدفة، أو هوى متشرّع وإنما هي وليدة الظروف المحيطة بالإنسان، وثمرة تطور إجتماعي متلاحق، وتفاعل عوامل سياسية واقتصادية وفكرية متصلة الحلقات.

الناشر

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع